

J.C. Fernández Rozas, “El Derecho económico internacional de la globalización”, *Guerra y Paz (1945-2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Serv. Edit. Univ. País Vasco, 2010, pp. 197-236. ISBN: 978-84-9860-416-0.

El Derecho económico internacional de la globalización

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS

Catedrático de Derecho internacional privado de la
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Cambios estructurales de la economía mundial. 1. Interdependencia de las economías estatales. 2. Tránsito de una economía multinacional a un mercado global. 3. Globalización como factor de progreso y de desigualdad. II. El Derecho en la economía globalizada. 1. Solapamiento de lo jurídico a lo económico. 2. Deterioro del monopolio normativo del Estado. III. Elementos configuradores del sistema económico internacional. 1. Reglamentación internacional y autorregulación de los mercados. 2. Mercado mundial y libre competencia. IV. Ordenación de los intercambios comerciales y financieros internacionales. 1. El Derecho económico internacional: un bloque normativo en formación. 2. El Derecho de la OMC como subsistema del Derecho económico internacional. 3. Derecho económico internacional y Derecho internacional económico. 4. Derecho económico internacional y Derecho de los negocios internacionales. 5. Derecho económico internacional y cooperación internacional institucionalizada.

I. CAMBIOS ESTRUCTURALES DE LA ECONOMÍA MUNDIAL

1. Interdependencia de las economías estatales

1. Con su habitual clarividencia, Santiago Torres Bernárdez advertía hace cinco años que el “neoconservadurismo” constituía una deriva extrema de la llamada “revolución conservadora”, que ya no se satisfacía con los pingües beneficios procurados por la desregulación de los mercados interiores y la globalización de la economía mundial, sino que pretendía incrementarlos en favor de grupos empresariales norteamericanos, sustituyendo el ordenamiento jurídico internacional vigente por un sistema de corte imperial gestionado unilateralmente por los EE UU. Este neoconservadurismo es una nueva versión de la antigua doctrina del “destino manifiesto”, que ahora debe predicarse del capitalismo corporativo norteamericano más que de la nación estadounidense¹. El sistema económico internacional, en efecto, se

¹ S. Torres Bernárdez, “El envite del neoconservadurismo norteamericano al ordenamiento internacional”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. I,

ha convertido en un centro de poder de carácter exclusivo que cuenta con una apoyatura universal y efectiva en virtud de la propia existencia de la OMC y de la consolidación del libre cambio y de la libre competencia a escala mundial. La consecuencia de ello es muy simple: los países vinculados a los EE UU han establecido alianzas con todos los regímenes antisocialistas con independencia de que se trate de regímenes dictatoriales o de impronta religiosa y, por tanto, les han favorecido sin escrúpulos. La prioridad ha sido exclusivamente económica aunque esté revestida de expresiones favorables a la necesidad del respeto de los principios democráticos o de los derechos del hombre.

Sirvan estas páginas para participar en este debate, desde la perspectiva jurídica. Unas páginas que se escriben desde el afecto y la admiración a uno de los pocos españoles a los que, a lo largo de la historia, puede calificarse de “universal” en el cabal sentido de la palabra.

2. La vocación de los Estados a relacionarse económicamente con el exterior, superando situaciones de autarquía económica, es una característica de nuestro tiempo. La historia ha probado los beneficios de las transacciones internacionales, que han permitido la especialización y, por ende, el aumento de la productividad con la subsiguiente mejora de las posibilidades de consumo. Esta especialización se consigue a través de los negocios transfronterizos que facilitan el desarrollo de las posibilidades de producción y de consumo sin cuya existencia quedarían relegadas a lo producido en el entorno económico de la autarquía. Ahora bien, la “transnacionalidad” ha adquirido una nueva dimensión que ha desplazado el tradicional papel del Estado, de suerte que las relaciones económicas de carácter transfronterizo despliegan un carácter global. La unidad de análisis ya no es este último al perder su carácter de actor principal y compartirlo con otros entes como las organizaciones intergubernamentales, las ONGs, las empresas multinacionales, las organizaciones subestatales... e incluso los individuos².

Cualquier economía estatal está relacionada con el resto del mundo por el intercambio de bienes, de servicios y de capitales, lo que genera a su vez tres consecuencias de singular importancia: la interdependencia en el mercado de productos y de servicios, con el consiguiente aumento de las exportaciones y de las importaciones; la interdependencia en el mercado de trabajo, con su secuela de desplazamientos de trabajadores y de profesionales a través de las fronteras; y la interdependencia en el mercado de capitales, que implica que el dinero puede invertirse a escala internacional allí donde genere mayores rendimientos. Como resultado de esa interde-

Madrid, UAM-Eurolex, 2005, pp. 751-783, esp. pp. 755-756.

² Una de las manifestaciones es la denominada “teoría de la interdependencia compleja” formulada por R.O. Keohane y J.S. Nye, *Power and Interdependence: World Politics in Transition*, Boston, Little, Brown and Co., 1977; *id.*, “Power and Interdependence Revisited”, *International Organizations*, vol. 41, n° 4, 1987, pp. 725-753.

pendencia determinados sectores como las finanzas, los transportes o las comunicaciones son tan gravosos para las autoridades nacionales, que cada vez resulta más difícil que puedan cumplimentarse debidamente en un marco estatal territorialmente definido. Son cuestiones vitales para la economía de los Estados pero solventadas al margen de las fronteras nacionales por un sistema mundial de carácter autónomo y con suficiente grado de autorregulación.

3. En el último cuarto de siglo se han promovido cambios estructurales de gran envergadura: de una economía internacional, donde el comercio se practicaba entre un conjunto de economías vinculadas entre sí pero que aún tenían un carácter predominantemente estatal, se avanzó hacia una “economía sin fronteras”, uno de cuyos índices más relevantes es el empleo de Internet que ha revolucionado el comercio de servicios y la propiedad intelectual³.

Dentro de los principales cambios estructurales de la economía mundial está el que los mercados van dejando sitio a las redes y que el “acceso a la red” está desplazando el concepto tradicional de propiedad al reducirse el intercambio mercantil de la propiedad entre compradores y vendedores. Se concreta en un proceso de sustitución de los mercados por las redes y de la propiedad por el acceso, la marginación de la propiedad física, el ascenso de la propiedad intelectual, así como el incremento de la mercantilización de las relaciones humanas. Caminamos vertiginosamente de un período donde el intercambio de la propiedad era la función clave de la economía para introducirnos en un nuevo mundo donde la adquisición de las experiencias de vida resulta ser una auténtica mercancía. La era del capitalismo industrial está dando paso a la era del capitalismo cultural, caracterizada por el protagonismo de los servicios frente a la mercancía: la tecnología ha reducido tanto los ciclos de vida de los productos, que los consumidores ya no prestan atención a un bien que pronto quedará obsoleto, prefiriendo acceder al mismo a través de nuevas técnicas como el alquiler o el *leasing*. No en vano la nueva configuración del comercio internacional diseñado en la Conferencia de Marrakech de 1994, otorgó una especial atención a los servicios y a la propiedad intelectual.

4. La actual etapa histórica ha estado caracterizada por un ambiente de intensa internacionalización económica y rápido progreso tecnológico, en el que se ha asistido a una permanente recomposición tanto el sector privado como el sector público, aunque algunos reprochen a este progreso tecnológico su virtualidad para permitir que las empresas y a los particulares eludan más fácilmente las normativas nacionales. La economía sin fronteras se ha acelerado bajo un triple efecto: el desarrollo de las inversiones internacionales, la deslocalización de la producción y el crecimiento de las empresas multinacionales. Los Estados al abrir su economía al mercado mundial han quedado

³ Vid. por todos, P.A. de Miguel Asensio, *Derecho privado de Internet*, 3ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2002, pp.333 ss.

sometidos a una fuerte dependencia de los servicios comerciales y financieros de las grandes empresas⁴. El desgaste de la soberanía del Estado, inherente a los periodos estabilidad, se corresponde con el creciente poder y movilidad de las referidas empresas, con posesión de una estrategia global y no de mera maniobra de ampliación de mercados, que no responden al interés común, sea en el plano nacional o global, y que encuentran en un mercado mundial desregulado al máximo el terreno propicio para la búsqueda del máximo beneficio.

Se originó así una suerte de competencia entre empresas y Estados basada en un supuesto “principio universal” organizador del mercado a partir del cual se estableció la selección de las calidades de los bienes y de los servicios. Para ello se movilizaron grandes sumas de capital y se desplazaron de un lugar a otro las actividades productivas (lo que en ocasiones produjo profundos efectos desestabilizadores para la economía real), el empleo, el bienestar de la población y el medio ambiente. A esto se unió el proceso de aceleración de la revolución industrial y la influencia decisiva de la internacionalización de los mecanismos de financiación que han dado lugar forzosamente a la apertura de las diferentes economías nacionales. Al efecto se afirma, no sin razón, que el desarrollo capitalista que comenzó con la mercantilización de bienes y la tenencia de propiedades llegó a su culminación, a fines del siglo XX, con la mercantilización del tiempo y de la experiencia humana. Factores tales como los viajes y el turismo global, los parques temáticos, la moda, la cocina, el cine, la televisión, etc... se están convirtiendo cada vez en mayor volumen en el centro de una economía cuyo objetivo comercial básico son los recursos culturales cuya dimensión internacional resulta cada vez más acusada⁵.

5. La apertura e integración de los mercados nacionales, regionales y mundiales supone, por su parte, eliminar o abatir en mayor o menor grado las trabas a la libre circulación de bienes, servicios y capitales en el mercado ampliado, sean arancelarias o no arancelarias, unida, eventualmente, a la libre circulación de personas y de capitales en el mismo espacio geopolítico y económico-social. Dicha libre circulación, de alta variabilidad según la amplitud y profundidad de la apertura e integración, vincula sujetos, personas físicas o jurídicas, oferentes

⁴ S. Strange, *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996; traducción española: *La retirada del Estado. La difusión del poder en la economía mundial*, Barcelona, Icaria/Intermón Oxfam, 2001, pp. 83-84.

⁵ Vid. J. Rifkin, *The Age of Access: how the Shift from Ownership to Access is Transforming Capitalism*, Londres, Penguin Books, 2000; traducción española: *La era del acceso. La revolución de la nueva economía*, Barcelona, Paidós, 2000, pp. 16 ss. El autor advierte que cuando la economía absorbe a la cultura, sólo quedan los lazos económicos para mantener unida a la sociedad preguntándose si la civilización podrá sobrevivir cuando la esfera comercial quede como único árbitro de las relaciones humanas. En una obra anterior de enorme repercusión Fukuyama había defendido que estábamos en una etapa caracterizada por el fin de la historia pues, en su opinión, no existen alternativas al capitalismo y a la democracia liberal, que traerá inexorablemente numerosos motivos de descontento. Vid. F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, Londres, Hamish Hamilton, 1992, traducción española: *El fin de la Historia y el último hombre*, Barcelona, Planeta, 1992.

(empresarios) y demandantes (consumidores) de esos bienes y servicios, potencialmente radicados en países diferentes; vínculos también potencialmente conflictivos. El proceso que suele calificarse como “mundialización”, en su sentido actual⁶, es el resultado de una serie de decisiones y acciones cuyo propósito central es la creación de un espacio único, donde puedan circular, sin limitación alguna, bienes, servicios, y sobre todo el dinero, convertido así en la mercancía por excelencia⁷. Este mercado global, que el extraordinario desarrollo de las nuevas tecnologías ha hecho posible, debe, sin embargo, su existencia a la convergencia, implícita en unos casos y programada en otros, de los intereses de las empresas transnacionales, que son sus primeros protagonistas y sus principales beneficiarios, y de la política económica de EE UU y de los otros grandes Estados del Norte.

Recíprocamente, las economías nacionales no son una simple subdivisión de la economía mundial. De ahí que una crisis generalizada provoque efectos cruzados en las grandes empresas, además de afectar también a las sociedades domésticas. Un ejemplo significativo de la interdependencia apuntada se observa en la repercusión de las crisis económicas internacionales de los últimos años a escala mundial: de la misma manera que la globalización financiera puede beneficiar a un país y su sociedad a través de una mejor distribución internacional de los recursos financieros, los problemas de un país con un mercado, por lejano que esté geográficamente, pueden desplazarse con gran rapidez y perjudicar a otro país inmerso en circunstancias muy distintas. En un mundo globalizado la crisis también es global y se desplaza de unos países a otros a través de una suerte de círculos concéntricos.

2. Tránsito de una economía multinacional a un mercado global

6. El traslado de una economía multinacional a una economía global es una expresión sin precedentes en la reglamentación del comercio, que entraña un elevado grado de abstracción, al perder el mercado su instrumento fundamental que eran los Estados. Actualmente, las economías nacionales se han convertido en “mundiales”: cada una de ellas se inserta de forma ca-

⁶ Acerca de los antecedentes, *vid.*, *inter alia*, K. Polanyi, *La grande transformation: aux origines politiques et économiques de notre temps*, París, Gallimard, 1983 y R. Benichi, *Histoire de la mondialisation*, París, Vuibert, 2003.

⁷ *Vid.* R. Kolb, “Mondialisation et droit international”, *Relations internationales*, n° 123, 2005, pp. 69-86. El Consejo Europeo de Turín de 29 de marzo de 1996 definió el fenómeno de la mundialización de la economía como uno de los principales desafíos a los cuales la UE debía enfrentarse en el final de siglo, como un proceso de integración económica creciente de la economía mundial cuyos motores principales son la liberación de los intercambios internacionales y de los movimientos de capitales; la aceleración del progreso tecnológico y la llegada de la sociedad de la formación; y la desregulación. Estos tres elementos se refuerzan recíprocamente puesto que el progreso tecnológico estimula los intercambios internacionales y el comercio mundial permite una mejor difusión de los progresos tecnológicos. Paralelamente la desregulación estimula el desarrollo de las nuevas tecnologías y contribuye a suprimir los obstáculos a los intercambios.

da vez más estrecha en un haz de relaciones (monetarias, financieras, comerciales, industriales, tecnológicas...) a escala universal. De ello resulta un conjunto de dependencias y solidaridades entre los diferentes países, que desborda el mero ámbito de las relaciones económicas, para extenderse a una cultura cada vez más uniforme, a modos de vida crecientemente estandarizados. El análisis estructural nos muestra que el todo (la economía mundial) es más que la suma de las partes (los Estados). La apertura e integración de los mercados mundiales y/o regionales se erigen en las obvias respuestas actuales de la economía. Son mecanismos o instrumentos estructurales, o coyunturalmente idóneos, para ampliar la demanda y adaptarla a la oferta creciente y diversificada de bienes y servicios. La oferta, por su parte, en una economía abierta a las leyes y reglas de un mercado caracterizado por la libre competencia entre productos y servicios sean nacionales o extranjeros, se adapta y moviliza en el mercado ampliado, procurando mejores condiciones de competitividad productiva, industrial, comercial, de servicios.

7. La internacionalización de la economía se pone también de manifiesto con la reiteración de las crisis económicas internacionales⁸, señaladamente la desencadenada en otoño de 2008, y originada en los EE UU, por la caída de los precios de la vivienda, el aumento del precio del petróleo, la subida incontrolada del euro y la crisis crediticia, hipotecaria y de confianza en los mercados. Con ello se ve que las ideas de libre mercado capitalistas prosperan en época de estabilidad, en tanto que las ideas socialdemócratas ganan terreno en tiempos de depresión por su defensa de la planificación económica y la distribución del dividendo social⁹. En un mundo globalizado la crisis también es global y se transmite de unos países a otros multiplicándose en círculos concéntricos. Las crisis no van a desaparecer, pero sería una actitud fatídica sostener que no es posible lograr que sean menos frecuentes o graves. Con ese fin, el FMI ha intensificado la actividad ordinaria de supervisión sobre la política económica de los países, centrándose en los factores que podrían llevar a que sean más vulnerables a las crisis, por ejemplo, medidas macroeconómicas inadecuadas, sistemas financieros frágiles, regímenes cambiarios inapropiados y otros aspectos similares. También ofrece incentivos financieros a los países que adopten medidas para que las crisis sean menos probables.

Mas las medidas de prevención de las crisis no son infalibles, por esta razón es importante estar preparado para que éstas sean más fáciles de gestionar cuando surjan, de manera que el costo social y económico sea menor. Y en tal cometido el Derecho económico internacional debe estar dispuesto a cambiar de orientación si se percibe que el modelo tiende a privilegiar determinados valores que pueden poner en peligro el equilibrio de las sociedades en un mo-

⁸ Vid. la descripción de estas crisis en J.C. Fernández Rozas, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 65-72.

⁹ P. Temin, "Real Business Cycle Views of the Great Depression and Recent Events: A Review of Timothy J. Kehoe and Edward C. Prescott's *Great Depressions of the Twentieth Century*," *J. Econ. Literature*, vol. 46, 2008, 669-684 y vol. 47, 2009, p. 3.

mento dado. La crisis de 2008 fue en tal sentido también la crisis de una versión “neoliberal” extrema de la economía de libre mercado, caracterizada no sólo por la amplia desregulación y privatización sino también por una avidez sin escrúpulos practicada en determinados centros económicos.

8. Conviene no confundir globalización económica con internacionalización económica. La principal diferencia está relacionada con el ámbito del mercado. En la etapa de la internacionalización, los Estados-nación buscaban el comercio con los otros países, bajo la condición de no perder su autonomía comercial. El mercado de la globalización rompe las fronteras y compromete al total de la población mundial. Quienes controlan la economía del planeta, presionan por una apertura amplia de los mercados (expresada por la exigencia de progresiva disminución de los controles arancelarios o para-arancelarios). La economía global posee un carácter indefinido pues carece de una base territorial delimitada y sobrepasa a los Estados pues no puede apoyarse en regulaciones individuales.

Por esa razón el Derecho moderno ha pasado de la diversidad territorial a la diversidad sectorial toda vez que las transacciones económicas internacionales generan una demanda de normas reguladoras que no pueden ser satisfechas por las organizaciones estatales ni por las internacionales integradas exclusivamente por Estados. Ello explica que diversas instituciones privadas estén creando un Derecho autónomo con pretensión de validez global. Es cierto que en este marco global los gobiernos negocian los acuerdos en el marco comercial y financiero, pero son las empresas las que cuentan con el peso decisivo. También revela la existencia de una relación estrecha entre ambos entes a la hora de preparar y de poner en práctica las estrategias de negociación y los acuerdos resultantes y que la presencia de las asociaciones profesionales de empresarios represente un papel relevante.

Los Estados reconocen cada vez más la necesidad de incluir al sector empresarial, a través de sus asociaciones de diversa índole, en la planificación de las negociaciones y la actitud de los gobiernos y de la Administración pública ha cambiado sustancialmente. El sector empresarial cada vez es más consciente de la importancia de mantenerse al corriente de la evolución del contexto económico multilateral pues el gran número de acuerdos suscritos y la variedad de los temas tratados, junto con los efectos de la globalización, han acortado el tiempo que transcurría entre la concertación de los acuerdos y su verdadero impacto en los negocios. Consecuentemente, la mundialización económica no es solamente el resultado de una reglamentación internacional del comercio y de los mercados, sino una consecuencia de la actividad de las empresas y de los consumidores que encuentran en ese marco nuevas posibilidades económicas y tecnológicas.

9. Los Estados experimentan dependencias en diferentes grados en sectores tales como comercio, tecnología, comunicaciones o migraciones. El hecho de que los sistemas económicos sean interdependientes y no puedan actuar de manera autónoma conduce, correlativamente, a que los Derechos

que los regulan no puedan ignorarse recíprocamente poniendo fin a una autarquía jurídica. Si un Estado no puede vivir aisladamente de los otros ningún Derecho nacional puede desarrollarse sin tener en cuenta los otros Derechos nacionales y las normas procedentes del Derecho internacional; con ello se ha acelerado un importante proceso de aproximación de los Derechos nacionales que ha facilitado, para bien o para mal, un diálogo constante entre los Estados en el sector económico. Dicho diálogo ha tenido la virtud de superar el carácter territorial de la economía y avanzar en un modelo mundial de economía sustentado en un esquema de liberalización que se enfrenta decididamente a los ordenamientos nacionales que mantienen una tendencia intervencionista¹⁰.

Aparece así una suerte de “rivalidad normadora”, a partir del esquema trazado por ciertos Derechos estatales dominantes, en orden al establecimiento de normas nacionales adaptadas al modelo que se desarrollan paralelamente a una reglamentación internacional de carácter complementario.

10. La complejidad de estos fenómenos exige tener en cuentas varios datos a la hora de perfilar un sistema económico internacional ajustado a la realidad. En primer lugar, la heterogeneidad de la economía mundial, especialmente derivada de la desigualdad de niveles de desarrollo de los distintos Estados y de su variedad de sistemas económicos y políticos, así como de estructuras sociales. En segundo lugar, que las relaciones económicas internacionales no se desarrollan exclusivamente entre Estados, sino entre grupos; no se trata exclusivamente de grupos de Estados, integrados en diversos mercados (UE, Mercosur, OPEP, etc...), sino también de grupos transnacionales, industriales y financieros, cuya estructura se imbrica en el propio campo de acción de los Estados y sus mercados¹¹. Por último, que las Organizaciones internacionales (FMI, OMC, Banco Mundial) han adquirido cada vez mayores competencias y responsabilidades de carácter transnacional, sin que ello signifique que se haya apoderado de la totalidad de las competencias estatales.

La evidencia de las Organizaciones internacionales en la regulación del comercio internacional posee una relevancia especial¹². Se manifiesta en un variado número de instituciones: unas de carácter universal y otras de carácter regional o transcontinental. Dicha variedad abarca también a la forma jurídica que ostentan: junto a Organizaciones internacionales con personalidad jurídica internacional, esto es, sujetos de Derecho internacional, existen otras de carácter no gubernamental e, incluso, puramente pri-

¹⁰ M.M. Salah, “La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l’ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation”, *Rev. int. dr. économ.*, pp. 251-302, n° 29.

¹¹ Estos factores de complejidad han sido claramente expresados por R. Sandretto, *Le commerce international*, París, Armand Colin, 1995, p. 5.

¹² M.J. Trebilcock y R. Howse, *The Regulation of International Trade*, 2ª ed., Londres, Routledge, 1999.

vado, como la Cámara de Comercio Internacional con sede en París. Sus campos de actuación cubren sectores muy variados: al lado de aquellos entes cuya misión es regular la actividad económica en general, existen otros con una mayor especialización en el comercio o en el ámbito monetario; incluso existen algunos con un mayor nivel de especialización como la comercialización de un específico producto de relevancia estratégica internacional, por ejemplo, el petróleo, o la gestión económica y comercial de un determinada cuenca fluvial¹³. El conjunto de estos entes da lugar a un genuino “sistema económico internacional” con un elevado nivel de especialización. Una indiscutible manifestación del denominado Derecho económico internacional, caracterizado por un relevante nivel de cooperación internacional institucionalizada, que genera una serie de “actores económicos” que poseen capacidad propia para crear una determinada estructura jurídica y que se adaptan, al margen de los Estados, a las cada vez más cambiantes relaciones económicas internacionales.

Estos elementos conducen a una consecuencia: que la interdependencia económica obliga a una estrecha cooperación internacional a la hora de establecer mecanismos de regulación y equilibrio de la economía mundial.

3. Globalización como factor de progreso y de desigualdad

11. En este contexto de cambios históricos se sitúa el fenómeno actual de globalización e internacionalización del mercado mundial, para comprender sus implicaciones y alcances a finales de siglo. Desde la década de los noventa la economía mundial ha experimentado cambios trascendentales caracterizados por: a) La desintegración de la Unión Soviética junto con su área de influencia el fin de la guerra fría y el advenimiento del actual proceso de reordenación económica mundial en transición, donde el mundo parecía orientarse hacia una estructura global multipolar. b) La liberalización de las economías de los países asiáticos en desarrollo, los países socialistas en período de transición y de los de América Latina. c) Un nuevo escenario mundial que ya se venía configurando desde algunos años atrás en donde el poder económico se ha ido trasladando, de manera lenta pero continua, desde EE UU hacia Europa occidental, Japón y muchos países del este asiático; más recientemente, las economías de mercados emergentes –Brasil, Chile, China e India, para nombrar solo algunas– han adquirido mayor poder económico. d) La contracción del comercio global en 2009 a niveles nunca vistos desde la Gran Depresión de 1929 que ha afectado singularmente a los países más pobres debido en gran parte a una caída abrupta de los niveles de

¹³ Vid. A. Voitovich, *International Economic Organizations in the Legal Process*, Dordrecht, Nijhoff, 1995.

la demanda interna y a la producción, pero también a la escasez de financiación adecuada. Una situación que no puede ser compensada con estímulos fiscales o ayudas a las industrias debilitadas.

Sin pretender entrar en estériles disquisiciones terminológicas, puede entenderse que el vocablo globalización se refiere a los cambios que se están produciendo a partir de los años setenta del pasado siglo en la sociedad internacional, aunque tiene antecedentes mucho más remotos. A este respecto, la UNCTAD ha puesto de manifiesto que hay una diferencia de grado y de intensidad entre internacionalización y mundialización, pero afirma que la globalización se refiere literalmente al límite de la integración internacional entendido como un creciente número de economías nacionales mutuamente interconectadas a través del intercambio de bienes, servicios y factores de producción. La mundialización profundiza la internacionalización, particularmente integrando actividades geográficamente dispersas en el interior de las empresas multinacionales. Pero también implica fenómenos nuevos; en concreto, la mundialización significa tanto la transformación de las modalidades de la internacionalización para las empresas y las naciones como una modificación de sus relaciones mutuas. La internacionalización se refiere simplemente a la creciente extensión geográfica de las actividades económicas más allá de las fronteras nacionales¹⁴.

12. La globalización es una forma más avanzada y compleja de la internacionalización que implica una integración funcional de actividades económicas geográficamente dispersas. Es un fenómeno mucho más reciente que la internacionalización. La globalización así concebida:

i) Se ha desarrollado en un determinado contexto caracterizado por la desaparición del comunismo como modelo económico alternativo, por una revolución tecnológica y por la mundialización de los mercados financieros, cuya interdependencia a escala planetaria queda totalmente demostrada. Por eso, en tanto que manifestación de mercado, la globalización encuentra su sustento básico en el progreso técnico y, particularmente, en la capacidad de éste para reducir el costo de desplazar bienes, servicios, dinero, personas e información. Aunque existen excepciones significativas, la mayor parte de los países han ido adoptando progresivamente los principios esenciales del liberalismo y del capitalismo.

ii) Se identifica con un notable incremento de la capacidad de las empresas para fragmentar geográficamente los procesos productivos, lo que ha tenido como contrapartida un crecimiento sostenido del comercio (es-

¹⁴ X UNCTAD, Seminario de Alto Nivel sobre Comercio y Desarrollo: *Orientaciones para el Siglo XXI: mundialización y estrategias de desarrollo* (estudio preparado por D. Nayyar), Bangkok, 12 de febrero de 2000, http://www.unctad.org/sp/docs/ux_tdxrt1d4.sp.pdf.

pecialmente de manufacturas) y la inversión internacional. Dicho proceso apunta a la mejora de las condiciones de acceso a los mercados que anteriormente se hallaban más fragmentados, si bien las condiciones para aprovechar estas oportunidades están heterogéneamente distribuidas entre países. También sugiere la reducción de los costos del transporte y las comunicaciones permitiendo la expansión en los mercados nacionales atendiendo a las ventajas que aportan.

iii) Propicia la competencia y sienta las bases para el establecimiento de nuevas alianzas empresariales. Lo que esencialmente hace la globalización es aumentar la competencia entre las empresas a través de la mayor movilidad de los bienes y servicios, del capital y las nuevas tecnologías que permiten que compitan las empresas con mayor facilidad y menor coste en muchos países a la vez. Esta competencia se extiende a los capitales que las financian (bien participando en su capital, bien comprando su deuda o suministrándoles créditos y préstamos), así como entre las personas que trabajan en ellas, bien como empleados directos o como suministradores externos de bienes y servicios profesionales.

iv) Ha supuesto una nueva articulación del mercado y ha traído consigo determinados problemas emergentes que requieran una nueva destreza reguladora del comercio internacional. Los claros beneficiarios del proceso son los inversores de países desarrollados que cuentan con una importante ventaja respecto de los perceptores de rentas del trabajo. La libre movilidad del capital, en efecto, les permite invertir allí donde tenga una mayor rentabilidad y, mediante una diversificación adecuada, reducir el riesgo de sus inversiones, bien deslocalizando industrias o servicios o invirtiendo en países con mayor rentabilidad derivada de la existencia de una segmentación de los mercados de capital o de una menor competencia.

v) Comporta, entre otras consecuencias, la deslocalización de la producción hacia los países en que los costes son más reducidos, lo que repercute inevitablemente sobre la pérdida de empleos en los países ricos, la reducción de los salarios en los sectores menos cualificados y la pérdida de importancia de algunos sectores, como el agrícola.

vi) Trae consigo una “mundialización de los riesgos”, derivados de la libre circulación de mercancías, servicios, capitales y personas, tanto de carácter sanitario como social. Además, gran parte de los riesgos derivados de la contaminación del medio ambiente presentan un carácter global y no pueden desvincularse de la regulación internacional de los mercados.

vii) Está ampliando la brecha entre el mundo industrializado y los países en vías de desarrollo; desde esta perspectiva se percibe que tal fenó-

meno conduce a la desigualdad o, dicho en otros términos, que un incremento del comercio internacional es el resultado inexorable de una distribución desigual de los recursos. *V.gr.*, en el terreno de los derechos sobre la propiedad intelectual (ADPIC), la OMC exige la obligación de utilizar sistemas de patentes como mecanismos de protección en todos los sectores tecnológicos (incluido microorganismos y procesos microbiológicos); para las plantas y animales y sus procesos biológicos se exige un sistema de protección *sui generis*, pero en la práctica EE UU, la UE y Japón están obligando a que sea próximo al de patentes¹⁵.

II. EL DERECHO EN LA ECONOMÍA GLOBALIZADA

1. Solapamiento de lo jurídico a lo económico

13. Max Weber, en *Economía y Sociedad* (1922) afirmó que las acciones económicas influyeron parcialmente en la sistematización del Derecho y que los problemas económicos deben ser resueltos por medio de mecanismos legales¹⁶. No es el momento de entrar en el debate en torno a la existencia del Derecho económico como rama autónoma de la Ciencia jurídica. La clasificación de las ramas del saber por su objeto puede conducir, según los casos, o bien a una simple yuxtaposición de soluciones en la misma materia, sin que ésta exija una verdadera autonomía, o bien a la constitución de una disciplina efectivamente nueva. En esta operación debe tenerse en cuenta que el jurista acostumbra a ser tributario del peso de la tradición resistiéndose a abandonar ciertos razonamientos, pese a que el objeto sobre el que recaen ya no corresponde a la actualidad. Esto es particularmente relevante en la defensa de una concepción estatalista en torno al Derecho económico y no sólo es patrimonio exclusivo de las doctrinas surgidas en los Estados de economía planificada y sino de las que defiende la economía liberal de mercado¹⁷.

Sin ignorar la variedad de estudios dogmáticos sobre esta materia¹⁸, nos

¹⁵ Una de las críticas más lucidas al capitalismo global, con indiscutible influencia en los movimientos “anti-sistema” corresponde a I. Wallerstein. Dentro de su prolija obra cabe referirse a su libro *La crisis estructural del capitalismo*, México, Editorial Contrahistorias, 2005.

¹⁶ M. Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

¹⁷ Ch. Leroy, “Réflexions sur l’autonomie et la suprématie du droit économique”, *Rev. int. dr. économ.*, t. XIV, 2000, pp. 377 ss.

¹⁸ En la doctrina española, al margen del estudio clásico de A. Polo, “El nuevo Derecho de la economía. Su aparición, concepto y relaciones con el Derecho mercantil”, *RDM*, vol. I, 1946, pp. 373 ss, *vid.*, por todos, V. Santos Martínez, “Derecho económico y Derecho mercantil”, *Anales de Derecho (Universidad de Murcia)*, 1978, nº 2, pp. 37-70; A. Rojo Fernández-Río, “El Derecho económico como categoría sistemática”, *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, Edersa, 1981, pp. 977-1014.

limitaremos a afirmar que el empleo del término Derecho económico está suficientemente justificado, por más que pueda corresponder a dos situaciones diferentes: la agrupación pedagógica y experimental de diversas disciplinas dispersas, cuya puesta en práctica no se encuentra alterada por el hecho de que se apliquen a la economía¹⁹; o la existencia de un cuerpo de principios y normas que, actuando de manera autónoma, conducen a resultados que no son otros que los que se habrían obtenido con la aplicación de las disciplinas clásicas²⁰.

14. Desde este segundo enfoque, la consideración del Derecho económico como disciplina autónoma se encauza a partir de elementos diversos:

i) La noción de empresa: El Derecho económico rige la vida económica en sus diversos aspectos extendiéndose su campo de acción a todas las actividades económicas. Es una suerte de extensión del Derecho mercantil clásico, al cual se agregaría esencialmente la disciplina de la economía y de la organización profesional. El epicentro de esta concepción es la noción de empresa y, en gran parte, al sistema jurídico privado, siendo así el conjunto de normas aplicables a las empresas, provengan éstas del Derecho público o del Derecho privado²¹. De esta suerte, se presta atención, esencialmente a las siguientes rúbricas: la empresa y sus dificultades; las normas comunes a los distintos tipos de empresas; la sociedad anónima y otras formas societarias; el Derecho del mercado financiero; y, el Derecho de la competencia.

ii) El intervencionismo del Estado: La presencia del Estado en la vida económica constituye sin duda alguna la cuestión central de la moderna ciencia del Derecho público, que ha pasado de ser el Derecho de la intervención del Estado en el sector económico para comprender en la actualidad la ordenación jurídico-pública de todo el conjunto económico²². Un

¹⁹ Ya R. Savatier en 1948 consideraba lógico establecer una serie de enseñanzas en torno al Derecho económico donde se integrarían sectores importantes del Derecho administrativo, del Derecho financiero y tributario, del Derecho internacional público, Del derecho de sociedades y del Derecho monetario y contable (*Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, París, Dalloz, 1948, seconde série, París, 1959, n° 61). En la misma dirección en la doctrina italiana M. Longo se opone a otorgar la calificación de disciplina especializada porque estamos ante una realidad integradora de disciplinas tradizionale ("II diritto dell'economia nella recente dottrina", *Saggi critici di diritto dell'economia, Problemi di parte generale*, Milán, Giuffrè, 1965, pp. 43 ss).

²⁰ G. Vedel, "Le droit économique existe-t-il?", *Mélanges offerts à Pierre Vigreux*, Toulouse, Université de Toulouse, 1981, p. 767 ss, esp. 770-771.

²¹ M.-A. Frison-Roche y S. Bonfils, *Les grandes questions du droit économique: introduction et documents*, París, PUF, 2005.

²² Esta idea está presente en el estudio de C. Champaud, "Contribution a la definition de droit économique", *Dalloz, Chronique*, 1967, pp. 215 ss. *Vid.*, asimismo, A.J. Porras Nadasles, "El Derecho intervencionista del Estado", *Revista de Estudios Políticos*, n° 63, 1989; *id.*, "El Derecho regulativo", *ibíd.*, n° 117, 2002, pp. 49-72.

ordenamiento que combina la actuación administrativa en el referido sector con la garantía de los derechos diversos operadores económicos privados. Comprende una realidad material, en la que convergen aspectos jurídicos-públicos y jurídicos-privados, que nos acerca a la noción de “Constitución económica”; una noción que “implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario” (STC 1/1982, de 28 de enero)²³. Desde esta configuración puede equipararse el Derecho económico al armazón jurídico del dirigismo económico²⁴, quedando integrado por un conjunto de principios y de normas de diversas jerarquías, sustancialmente de Derecho público, que se inscriben un marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica y social de un país. Así concebido, este ordenamiento se reduce a las intervenciones imperativas del poder público en la economía²⁵.

iii) La función mediadora del sistema jurídico en la economía. A partir de las denominadas “teorías sistémicas” elaboradas por N. Luhmann y G. Teubner, autores como G. Farjat sostienen que entre los sistemas que regulan las relaciones sociales el sistema jurídico ocupa un importante factor de equilibrio resolviendo los conflictos entre los sistemas a través del suministro de un bloque normativo adecuado²⁶. El Derecho económico a partir de tales normas organiza la economía incluyendo los elementos públicos y los privados²⁷. Se ocupa, más exactamente de la “organización del poder económico” y se fundamenta en la necesidad de someter la economía a un orden planificado, lo cual sólo puede hacerse con un armazón jurídico. Esta consideración merece una reflexión particularizada.

15. Desde V. Pareto, las ciencias sociales han incluido el concepto de sistema como un importante instrumental teórico²⁸. Entendido como “sistema jurídico”²⁹ el Derecho posee un papel esencial en la regulación de la actividad económica estableciendo las normas de comportamiento de los actores económicos. La teoría de los sistemas jurídicos autorreferenciales

²³ M. Baena del Alcázar, *Régimen jurídico de la intervención administrativa en la economía*, Madrid, Tecnos, 1966, p. 49; S. Martín-Retortillo, *Derecho administrativo económico*, I, Madrid, La Ley, 1988, pp. 21 ss.

²⁴ F.-C. Jeantet, “Aspects du droit économique”, *Dix ans de conférences d’agrégation: études de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, París, Dalloz-Sirey, 1961, pp. 33 ss.

²⁵ G. Quadri, *Diritto pubblico dell economia*, Pádua, Cedam, 1980.

²⁶ G. Farjat, *Pour un droit économique*, París, PUF, 2004.

²⁷ *Id.*, *Droit économique*, 2ª ed., París, PUF, 1982.

²⁸ V. Pareto, *Manual de economía política*, Buenos Aires, Atalaya, 1945; *id.*, *Traité de sociologie générale (Oeuvres complètes, t. 12)* Ginebra, Droz, 1968.

²⁹ En el sentido expresado por G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del Diritto*, Bologna, Il Mulino, 1988, pp. 164 ss.

y autopoieticos formulada por N. Luhmann³⁰ y G. Teubner³¹ evidencia cómo la autonomía normativa que atribuye al sistema jurídico la aptitud de conferir carácter normativo a sus elementos coexiste con una apertura cognoscitiva a otros sectores de la realidad. Una manifestación perceptible es la estricta imbricación entre lo jurídico y lo económico, con una dependencia del primero respecto del segundo, en orden a la formulación de los correspondientes enunciados normativos. Es cierto que el Derecho pretende responder de manera adecuada al carácter extremadamente complejo de la sociedad contemporánea, caracterizada por la creciente multiplicación de subsistemas sociales generadores cada uno de ellos de sus respectivas racionalidades y modos de acción; sin embargo, el Estado no puede regular la sociedad desde el momento en que los determinantes concretos que gobiernan el funcionamiento de cada subsistema social le son inaccesibles. Baste atender a que los ciclos económicos no coinciden con la duración de los ciclos políticos (elecciones, cambios de gobierno...), con lo que la actuación política en la economía se supedita a sus consecuencias inmediatas con repercusión política, más que a los efectos profundos en la escala económica. El resultado es un Derecho flexible, con la consiguiente reducción de los instrumentos jurídicos tradicionales, demasiado autoritarios y rígidos, para afrontar los problemas surgidos en entornos socioeconómicos sometidos a cambios constantes, y a la aparición de un bloque normativo caracterizado por un índice muy bajo de coercibilidad, en términos generales, al establecimiento de directrices, al estímulo de las negociaciones y a la facilitación de acuerdos³². Precisamente la referencia al criterio de la “actividad económica” encuentra justificación en la necesidad de establecer límites jurídicos a un medio que es, por su propia esencia, económico: el mercado³³.

La actividad económica incluye las transacciones bursátiles, la auditoría de negocios, las leyes referentes a la economía (v.gr., leyes monetarias, anti-monopolio, control de cambios) y, en general, todas las actividades comerciales y de funcionamiento de los mercados. Por eso los campos de la economía y el Derecho están íntimamente ligados y mantienen una in-

³⁰ Para N. Luhmann, los sistemas autorreferenciales se individualizan gracias a la posesión de un código propio, no obstante, en cuanto que cada sistema social es un sistema parcial de la sociedad, su entorno se configura por las partes de esa sociedad que están fuera de él, es decir, por los otros sistemas sociales N. Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983; *id.*, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, Barcelona, Paidós, 1990; *id.*, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropos, 1998.

³¹ G. Teubner, *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlín, Walter de Gruyter, 1988.

³² J.E. Faria, *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 151.

³³ E. Bernard, “L’«activité économique», un critère d’applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation”, *Rev. int. dr. écon.*, t. XXXIII, 2009, 3, pp. 353-385.

teracción constante entre sí. El hecho de ejercer influencia en la esfera económica confiere a este sector del ordenamiento jurídico un carácter multidisciplinar, con un papel dominante del Derecho público, y repercute decisivamente en la tripartición clásica de la actividad administrativa (policía, fomento y servicio público) dando lugar a la independencia conceptual de la actividad económica, hasta entonces incluida en la noción de servicio público, concebida como “dación de bienes al mercado”.

2. Deterioro del monopolio normativo del Estado

16. La etapa “estatalista” dio paso a mediados del pasado siglo a otra en la que tendría entrada un orden internacional que comprendería, en el terreno económico-político, la posibilidad de una producción y de un comercio internacional controlado por los Gobiernos con instrumentos tales como leyes antimonopolio, regulación del trabajo, aranceles, contingentes, etc..., sin perjuicio de la interdependencia de los Estados manifestada por medio de tratados bilaterales de comercio.

La mengua de la soberanía del Estado se corresponde con el creciente poder y movilidad de los actores transnacionales privados, esto es, de las grandes empresas que no responden al interés común, sea en el plano nacional o global, y que encuentran en un mercado mundial desregulado al máximo el terreno propicio para la búsqueda del máximo beneficio³⁴. Una pérdida paulatina del monopolio normativo de los tradicionales sujetos de Derecho internacional en favor de otros actores transnacionales, con las consiguientes dificultades derivadas de la coexistencia de poderes normativos diversos³⁵. Dichos actores movilizan grandes sumas de capital y desplazan de un lugar a otro las actividades productivas, lo que a menudo da lugar a profundos efectos desestabilizadores para la economía real, el empleo, el bienestar de la población y el medio ambiente³⁶. A esto se une el proceso de aceleración

³⁴ D. Held, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Univ. Press, 1996, traducción española: *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997; D. Held, A.G. McGrew, D. Goldblatt y J. Perraton, *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Cambridge, Polity Press, 1999. Una serie de reflexiones acerca del desarrollo del gobierno global que afecta a la soberanía de los Estados se describe en la obra colectiva dirigida por A.J. Paolini, A.P. Jarvis y C. Reus-Smit, *Between Sovereignty and Global Governance: The United Nations, the State and Civil Society*, Londres, MacMillan Press, 1998. Vid., asimismo, F.G. Jacobs, “The State of International Economic Law: Re-Thinking Sovereignty in Europe”, *J. Int'l Econ. L.*, vol. 11, 2008, pp. 5-41.

³⁵ G. Rabu, “La mondialisation et le droit: éléments macrojuridiques de convergence des régimes juridiques”, *Rev. int. dr. économ.*, t. XXXII, 2008, 3, pp. 335-356.

³⁶ El conflicto entre el comercio internacional y las normas laborales o, si se quiere, entre la globalización y la estabilidad en el empleo se describe con precisión en la monografía de

de la revolución industrial y la influencia decisiva de la internacionalización de los mecanismos de financiación que han producido como efecto inevitable la apertura de las diferentes economías nacionales. Como consecuencia, la política económica de los Estados, incluso de los más pujantes, no puede ser valorada, en cuanto a sus fines y objetivos, ni definida, mediante sus medios, sin tener en cuenta la dimensión internacional.

La internacionalización y la privatización de la economía mundial, particularmente en el orden monetario y financiero, engloba profundas aplicaciones para la existencia del Estado-nación independiente y soberano, que sigue siendo un supuesto fundamental del actual orden internacional: Los fenómenos descritos no han generado un régimen mundial autorregulado al margen del control político, pese a las posiciones vertidas desde la ideología neoliberal. Pero no es menos cierto que los Estados nacionales están perdiendo el control de importantes esferas de actividad pública, como la oferta monetaria y los instrumentos esenciales de la política económica; por esta razón el contenido de la soberanía nacional y el papel del Estado-nación como actor de las relaciones internacionales se diluye progresivamente en un vasto mercado global³⁷.

17. El Estado-nación ya no puede ejercer los instrumentos de defensa tradicionales como el proteccionismo territorial, el refuerzo de su industria nacional, la defensa de los intereses públicos o el incremento de la salvaguardia de los consumidores nacionales. Indicadores de esta afirmación no faltan. Baste comprobar la generalización de las denominadas administraciones o agencias independientes tales como Bancos centrales, Administraciones Bursátiles, Centros Estratégicos, etc... que no participan de ninguna valoración ideológica y que no poseen legitimidad representativa alguna. A ello debe añadirse el papel que desempeñan determinadas instituciones privadas de supervisión, como las agencias de calificación de solvencia, que ha aumentado con la desregulación y la globalización de los mercados financieros; estas agencias son actualmente instituciones fundamentales en la creación del orden y la transparencia en el mercado de capitales global actuando al margen de los Estados, a través de su autoridad de calificación de las deudas de los gobiernos; y lo propio cabe decir de la actuación de organismos independientes del sector privado (como el *International Accounting Standards Committee* –IASC-) que ha trabajado intensamente para crear normas uniformes para las empresas y los gobiernos. Por no hablar del auge del arbitraje comercial internacional como mecanismo esencial para resolver controversias comerciales transfronterizas que disminuye la tradicional relevancia de los tribunales nacionales en

D. Rodrik, *Has Globalization Gone Too Far?*, Washington, Institute For International Economics, 1997.

³⁷ M.M. Salah, "Mondialisation et souveraineté de l'État", *Journ. dr. int.*, 1996, n° 3, pp. 611 ss.

estos asuntos, como si se privatizara este tipo de justicia³⁸.

Las tendencias a la desintegración erosionan la acepción tradicional del “mercado” coincidente en el Estado-nación. La mencionada erosión, presenta, sin embargo, un origen diverso.

18. *Ad intra*, existen grupos sociales excluidos del mercado, que reivindican su identidad nacional y su derecho a la diferencia ante dinámicas homogeneizadoras, o Estados constituidos por distintas nacionalidades. Ciertas tendencias favorables a la ruptura de la “unidad de mercado” se asientan en esta corriente. Baste atender la polémica suscitada en España en torno a la constitucionalidad del Estatuto de Cataluña en la que se percibe la dialéctica entre la ampliación del marco competencial de las Comunidades Autónomas y la pérdida de competitividad de las empresas. Es cierto que el Tribunal Constitucional en su primera etapa afirmó que el principio de unidad plasmado en el art. 2 CE (SSTC 1/82, de 28 de enero, 29/86, de 20 de febrero y 88/86, de 1 de julio) tenía un especial contenido en el orden económico, suponiendo la unidad de mercado la libertad de circulación sin restricciones en todo el territorio nacional de bienes, servicios y mano de obra, e igualdad de condiciones en la actividad económica. Mas en los últimos años se ha producido un cambio importante a partir de la STC 208/1999, de 11 de noviembre, que estimó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalidad de Cataluña y por el Gobierno Vasco contra la Ley 16/1989, al apreciar la inconstitucionalidad de la frase “en todo o parte del mercado nacional” contenida en varios de sus preceptos, en la medida en que desconocía las competencias ejecutivas de la legislación estatal sobre defensa de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas recurrentes en sus respectivos Estatutos. La Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, no fue otra cosa que la incorporación normativa de la doctrina del TC y su aplicación determinó que gran parte de los asuntos en materia de libre competencia pasasen a ser resueltos, operación que no se comprende en la mayor parte de los países de nuestro entorno, desde una dimensión autonómica.

19. *Ad extra*, se registra la consolidación de las instituciones internacionales como centros de decisión y de autoridad política en el orden comercial y su importante papel en la toma de decisiones y en la mediación de intereses en la economía mundial. Baste observar que las instituciones financieras internacionales establecen importantes condiciones a los Estados, sobre todo en materia de préstamos, que limitan drásticamente determinadas decisiones de política gubernamental (impuestos, seguridad social, gasto público,

³⁸ Y. Dezalay y G. Bryant, “Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes”, *Law and Society Review*, vol. 29, n°.1, 1995, pp. 27-64.

etc...)³⁹. Por otro lado, el actual proceso de internacionalización de signo marcadamente liberal ha traído consigo que todos los mercados estén abiertos, que ya no pueda hablarse propiamente de “industria nacional” y que la responsabilidad del fabricante por sus productos o la derivada de la responsabilidad por daños al medio ambiente cada vez sea más difícil localizarlas en un Estado determinado. Existe, pues, un “mercado” territorialmente abierto, consolidado con las características descritas, pero se carece de una reglamentación adecuada al mismo. Y lo propio acontece con el sistema financiero internacional que comprende esencialmente el control y la supervisión del acceso y del ejercicio de las entidades que operan en sus respectivos mercados: información que han de suministrar las entidades financieras, sanciones por el incumplimiento de las normas.... La regulación financiera internacional exige una cesión de soberanía no siempre fácil de aceptar por los Estados. No puede desconocerse que el FMI y el G-20 se han ido consolidando como las dos instituciones de referencia en materia de regulación financiera. Las finanzas internacionales se han convertido en el aspecto más inestable de la economía capitalista global⁴⁰. Por eso las economías nacionales son cada vez más interdependientes y están sujetas a los procesos de producción, comercio y circulación de capitales que han tomado un carácter global⁴¹. La denominada “gobernanza global” tiene la ventaja de exteriorizar, un programa útil a través del cual se puede evaluar la autoridad de las instituciones multilaterales como el Banco Mundial o la OMC, o la manera en que éstas se sobreponen a los Estados. Pero desborda ampliamente este cometido y suscita la dificultad de identificar con exactitud las reglas globales emergentes, la acción de determinados foros no oficiales, y las interrelaciones continuas entre los diversos actores de las finanzas internacionales⁴².

III. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL SISTEMA ECONÓMICO INTERNACIONAL

1. Reglamentación internacional y autorregulación de los mercados

20. La idea de un “sistema” económico, en el sentido hegeliano de “tota-

³⁹ Cf. J.H. Jackson, *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Madrid, 2009, p. 50.

⁴⁰ L.W. Pauly, “Global Finance, Political Authority, and the Problem of Legitimation”, *The Emergence of Private Authority in Global Governance* (R.B. Hall y T.J. Biersteker, eds.), Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 76-90.

⁴¹ R. Gilpin, *The Political Economy of International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1987, pp. 17 ss; *id.*, *Global Political Economy*, Princeton, Princeton University Press, 2001, pp. 4 ss.

⁴² V. Cable, *Globalization and Global Governance*, Londres, The Royal Institute of International Affairs, 1999; R.O. Keohane, “Global Governance and Democratic Accountability”, *Taming Globalization. Frontiers of Governance* (D. Held y M. Koenig-Archibugi, eds.), Cambridge/Oxford/Malden, Polity, 2003, pp. 130-159, esp. p. 132.

lidad orgánica de conceptos”, lleva consigo la connotación articulada de partes (principios, normas, procedimientos e instituciones) armonizadas funcionalmente para la consecución de fines colectivos determinados. Por su naturaleza, el sistema económico goza de unas estructuras que le permiten inmiscuirse sin impedimento a esferas del interés privado que antes pertenecían al dominio del Estado, suscitando el consiguiente problema de legitimidad, y hoy en día, más que en ninguna etapa histórica, su campo de acción es mayor y crecidamente sofisticado. En su dimensión internacional implica la existencia de políticas económicas internacionales y de mecanismos institucionales que regulan la economía mundial y sus actores principales son los Estados, las organizaciones económicas internacionales y las empresas transnacionales. Junto a ellos figuran toda una serie de particulares, empresarios, trabajadores y consumidores, fuertemente involucrados por la existencia de una competencia internacional. De esta suerte, cuestiones tales como la estructura misma de las empresas, la protección de los trabajadores⁴³ o la condición misma de los consumidores están en función de los postulados del mercado global. Como pusiera de relieve el Grupo Especial en el contexto de la OMC, “[e]l comercio está, en la mayoría de los casos y cada vez más, en manos de empresarios privados. Los Miembros se benefician de las disciplinas de la OMC mediante el mejoramiento de las condiciones en que operan esos empresarios privados. La denegación de ventajas a un Miembro como consecuencia de una infracción es muchas veces indirecta y es resultado de las repercusiones de la infracción sobre el mercado y sobre las actividades de los particulares dentro del mercado” (GE: EE UU — *Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, 1999)⁴⁴.

Las relaciones económicas internacionales están sometidas a normas de Derecho internacional observándose desde hace varios años una marcada interdependencia entre economía y Derecho en lo que concierne a la cooperación intergubernamental. Es cierto que los Estados no se han despojado de su soberanía en el ámbito económico, pero cada vez existe un mayor volumen de normas de Derecho internacional que restringen estos poderes⁴⁵. Baste atender al incremento de normas internacionales sobre propiedad intelectual o industrial que desde hace muchos años han experimentado un proceso de homologación y de protección a escala internacional. Existe toda una superestructura internacional que no se limita a regular, como el pasado, las relaciones comerciales entre los Estados, sino que se ha convertido en un auténtico Derecho internacional del mercado que coexiste con los mercados estatales o los resultantes de una integración regional. En la medida en que

⁴³ M.-A. Moreau, “Mondialisation et droit social: quelques observations sur les évolutions juridiques”, *Rev. int. dr. éconóm.*, t. XVI, nos 2-3, 2002, pp. 383-400.

⁴⁴ WT/DS152, <http://docsonline.wto.org/DDFDDocuments/v/WT/DS/152R.doc>.

⁴⁵ J. Meltzer, “State Sovereignty and the Legitimacy of the WTO”, *University of Pennsylvania J. Int’l Econ. L.*, vol. 26, n° 3, 2005, pp. 693-733.

las normas internacionales del mercado sean susceptibles de producir, directa o indirectamente, efectos en los particulares, de manera que éstos puedan alegarlos ante los tribunales estatales, se suscitarán los correspondientes problemas de relaciones de sistemas en este sector.

21. Pese a que no concurre un conflicto abierto entre las normas internacionales de mercado y las propias de los Estados y de los entes de integración regional siguen existiendo confrontaciones entre ambos órdenes normativos que recuerdan a las existentes en Europa respecto de la aplicación del Derecho comunitario en el orden interno de los Estados miembros, o en relación con los problemas suscitados por la armonización de sus normativas. El hecho de que los Estados y los entes regionales de integración estén expuestos a la acción correctora de la reglamentación multilateral da lugar, además, a la existencia de una “rivalidad reguladora” entre los distintos sistemas (multilateral, regionales y nacionales).

Cualquiera que sea la tendencia que se adopte para establecer las reglas internacionales del mercado, a partir de orientaciones liberales o proteccionistas, es evidente que éstas adolecen de un importante déficit democrático. Se carece, en efecto, de una “constitucionalización” del orden económico internacional construido a partir de una coherencia política mundial y sobre la base del respeto a los derechos fundamentales. El vigente orden económico internacional ha promovido, sin discusión alguna, el comercio multilateral, la eficiente movilización de capitales, la estabilidad cambiaria, y en consecuencia, el crecimiento económico y el empleo de mano de obra. La realidad actual, sin embargo, nos señala que se enfrenta a serias dificultades para garantizar la continuidad de estos logros.

22. A la hora de establecer los conceptos y las categorías fundamentales del Derecho en general y del Derecho económico en particular debe reconocerse su constante renovación, señaladamente en lo que concierne a la propiedad económica o a la regulación, y a la competencia del Estado, respecto de su función reguladora tradicional, con otra serie de instancias no estatales generadoras de normas jurídicas⁴⁶. Pese a los numerosos problemas que suscita el mercado para el interés público, es innegable que manifiesta una trayectoria general hacia la autorregulación desarrollando respuestas jurídicas concretas a sus necesidades. Desde una perspectiva muy general puede entenderse por autorregulación el conjunto de normas dirigidas al establecimiento de estándares cualitativos; dicho en otros términos, la adopción de algunas pautas acordadas previamente por los propios agentes del mercado, que determinan los lineamientos y estándares en su funcionamiento. Entre otras funciones la autorregulación cumple un objetivo normativo (creación y definición de normas y reglamentos), una misión supervisora (verificación del cumplimiento de dichas normas y reglamentos) y un cometido disciplinario (imposición de sanciones originadas por el incumplimiento de las

⁴⁶ Vid. con carácter general el estudio de C. Laval, *L'homme économique. Essai sur les racines du néolibéralisme*, París, Gallimard, 2009.

normas y reglamentos del mercado). Actúa pues como un mecanismo de prevención de acciones incorrectas en el mercado, disminuyendo las asimetrías de información, con el fin de proteger a los consumidores, oferentes e inversionistas.

2. Mercado mundial y libre competencia

23. La competencia en el mercado suele contribuir a solucionar cuestiones que involucran a los operadores económicos afectados, tales como consumidores, empresas, ONG's, etc y ello se traduce, como se ha señalado, en un bloque normativo cada vez más numeroso al margen del Estado. El comercio, al igual que otras formas de desarrollo económico, requiere en todo caso un marco institucional, toda vez que los mercados no pueden constituirse con instrumentos meramente económicos y el concreto papel de una economía en el mercado mundial está en función de otros criterios diversos entre los cuales determinadas formas de proteccionismo pueden ser adecuadas. El establecimiento del libre mercado trae consigo una reorientación de los procedimientos de producción jurídica y de la actividad de los poderes públicos que deben ahora ocuparse preferentemente de asegurar que libre competencia en el mercado y que los servicios públicos administrados por empresas privados cumplan su cometido. Como hemos apuntado, este nuevo contexto favorece la autorregulación o la creación de normas sin la participación directa de los poderes públicos.

El control de la competencia es esencial para el funcionamiento de la economía mundial. Si la razón de ser de un mercado mundial es permitir la competencia de las empresas en condiciones de igualdad en los mercados de todos los Estados, la de la política de libre competencia es la de favorecer la eficiencia económica a través de la creación de un clima propicio para la innovación y para el progreso tecnológico⁴⁷. Son muchos los argumentos que avalan un vínculo cada vez más estrecho entre competencia y comercio internacional: a mayor competencia entre los operadores económicos, más oportunidades de comercio, y a mayor apertura comercial, más competencia, todo ello en beneficio del buen funcionamiento del mercado. Y por consiguiente, en beneficio del desarrollo: el individual de los países que introducen la competencia en sus sistemas económicos, y el de la economía mundial, con sus efectos positivos para todos.

En la medida en que la mundialización se traduce en el triunfo de la economía de mercado, comporta el desarrollo de un sistema jurídico que no solamente exprese esta circunstancia sino que asegure su eficacia. Por esta razón la ordenación del Derecho de la competencia posee una vocación mul-

⁴⁷ L.Idot, "Mundialisation, liberté et régulation de la concurrence: le contrôle des concentrations", *Rev. int. dr. econom.*, vol. XVI, n^{os} 2-3, 2002, pp. 175-205.

tinacional que presta atención a la transnacionalización de los poderes económicos privados para evitar la existencia de una “mundialización” de posiciones dominantes constitutivas de auténticas “barreras estructurales” a la liberalización de los intercambios internacionales⁴⁸. Dentro de las prácticas restrictivas de las empresas que distorsionan la competencia a nivel internacional pueden cabe referirse a: a) las prácticas que restringen las importaciones (sobre todo los carteles de importación), los monopolios o las empresas que tienen privilegios en el mercado interno, incluyendo las compras que hace el Estado, b) las empresas que buscan tener un poder de mercado en las operaciones de exportación (carteles de exportación) y las que tienen prácticas de fijación de precios (subsidios directos o cruzados, dumping, etc.); y, c) las prácticas de las empresas extranjeras que operan en un país y que pueden distorsionar la competencia en ese mercado. Uno de los principales retos que afronta la OMC es el relativo a la diversidad existente en la normativa sobre competencia que mantienen los Estados miembros, pues tal normativa responde a muy distintas lógicas y estar falta de unos modelos uniformes que frenen dicha diversidad en la medida en que obstaculicen el comercio internacional⁴⁹. En este contexto cabe situar al proyecto académico elaborado en la Universidad de Munich en 1993 *Draft International Anti-trust Code* (DIAC), también denominado Código de “Munich”⁵⁰.

24. Con un importante componente anglosajón, el modelo “neoliberal”, vigente en los últimos años responde a un esquema muy simple: la creación a escala mundial de un mismo sistema de organización de la economía basado en la liberalización, que compite con los sistemas estatales en un intento de eliminar cualquier vestigio intervencionista. Dicho modelo se ha caracterizado por la autorreproducción y el autocontrol de sí mismo, evidenciando que lo racional era comportarse conforme a sus propias reglas: un modelo cerrado y, por tanto, excluyente, frente al cual no tenían cabida otros

⁴⁸ En muy poco tiempo, la Comisión Europea, la OCDE, el Banco Mundial y algunos *think tanks* en los países industrializados han multiplicado los estudios sobre el vínculo entre competencia y comercio, introduciéndolo progresivamente en los planos multilateral y regional. *Vid. inter alia*, R. Anderson y P. Holmes, “Competition Policy and the Future of the Multilateral Trading System”, *J. Int’l Econ. L.*, vol.5, 2002, pp. 531 ss; F. Romano, *Mondialisation des politiques de concurrence*, Paris, L’Harmattan, 2003.

⁴⁹ *Vid.* I. De León, “Should We Promote Antitrust in International Trade?”, *World Competition, Law and Economics Review*, vol. 21, n° 2, 1997, pp. 35-63; M. Montañá Mora, “La OMC y el Derecho de la competencia ¿Hacia un Derecho de la competencia mundial?”, *Gaceta Jurídica UE*, n° 200, 1999, pp. 67-80; F. Weiss, “From World Trade Law to World Competition law”, *Fordham Int’l L.J.*, vol. 23, 2000, pp. 250 ss, esp. p. 256.

⁵⁰ E.U. Petersmann, “The Need for Integrating Trade and Competition rules in WTO World Trade Law System”, *The Legal and Moral Aspects of International Trade*, vol. III, *Freedom & Trade* (G. Parry, A. Qureshi and H. Steiner), Londres / Nueva York, Routledge, 1998, pp. 97-117, esp. pp. 109-110; C. Brömmelmeyer, “Interactive Regulation: A Plea for a Reform of International Antitrust law”, *European Legal Forum*, n° 3, 2000/2001, pp. 192-199, esp. pp. 196-197.

sistemas. Era el sistema de una sola razón universal, “la del dominante” frente al que, la pérdida de control jurídico por los Estados. Si se quiere, a mantener un proceso de liberalización continuo. Baste observar que, de acuerdo con el modelo, la integración de un Estado en la economía mundial iba inexorablemente acompañada de la necesidad de adaptar de manera permanente su ordenamiento jurídico a los designios del mercado mundial y obligaba a incrementar la competitividad entre las legislaciones de los Estados para atraer en mayor número de operadores económicos en su territorio.

Nada mejor que recordar las circunstancias en que se produjo el ingreso de España en el GATT. La autarquía económica seguida por el régimen franquista hubo de ser abandonada a finales de los años cincuenta. Una vez efectuada la opción por el libre mercado, la economía española precisaba unas medidas liberalizadoras tendentes a posibilitar la entrada a gran escala de capital extranjero para corregir los fuertes desequilibrios internos. Tales medidas coincidieron con un proceso de apertura hacia el exterior mucho más amplio que culminaría con la entrada en vigor del denominado “Plan de Estabilización”. El paso de un sistema autárquico a otro de economía de mercado repercutió no sólo en el sistema bancario y monetario, sino en el comercio exterior⁵¹. En este contexto España inició en 1960 negociaciones con el GATT adquiriendo en las reuniones de 1961 y 1962 el estatuto de país observador para convertirse, un año después, en el miembro número 45⁵².

La sociedad internacional de nuestros días muestra numerosas situaciones de este tipo, llegándose a afirmar con cierta vehemencia, desde una visión del mercado y de la “mundialización”, que “demasiado mercado mata al mercado” y que la competitividad exacerbada conduce inexorablemente a una “gran depresión”⁵³: ante la crisis financiera desencadenada en 2008 estas palabras resultaron premonitorias. El libre mercado no tiene por qué ser incompatible con que los Estados suministren un marco regulador adecuado a las entidades privadas salvaguardando el equilibrio de los intereses de los accionistas con los de los afectados por las decisiones empresariales y estableciendo los necesarios mecanismos de distribución y ajuste en el mercado

⁵¹ Como puso de relieve el importante *Memorandum que el Gobierno Español dirige al FMI y a la OECE*, el 30 de junio de 1959, Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno, *Legislación económica*, t. I, *Estabilización*, Madrid, 1965, pp. 17-29. Vid., asimismo, *Informe del Comité económico de la OCDE sobre el programa de estabilización del Gobierno español*, Madrid, 1960; el informe del BIRF, *El desarrollo económico de España*, Madrid, 1962 y la obra recopilada por E. Fuentes Quintana, *El desarrollo económico en España (juicio crítico del Informe del Banco Mundial)*, Madrid, 1963. En general, sobre la incidencia en el sector bancario de estas medidas, J.C. Fernández Rozas, *La banca extranjera en España*, Oviedo, Serv. Publ. Universidad, 1981, pp. 61-63.

⁵² R. Tamames, “La adhesión de España al GATT”, *ICE*, 1963, pp. 29-46) Durante la vida del GATT España se incorporó a los Códigos relativos a obstáculos Técnicos y al Comercio, Valor en Aduana y antidumping.

⁵³ Vid. J.L. Gombeaud y M. Décaillot, *El retour de la très grande dépression*, París, Economica, 2000.

de trabajo. Y tampoco es incompatible con las demandas de sostenibilidad ecológica ante el cambio climático y sostenibilidad ética ante la pobreza mundial que son consustanciales a nuestro siglo.

IV. ORDENACIÓN DE LOS INTERCAMBIOS COMERCIALES Y FINANCIEROS INTERNACIONALES

1. El Derecho económico internacional: un bloque normativo en formación

25. Las normas rectoras de la mundialización económica encuentran actualmente sus fuentes jurídicas en dos procedimientos de regulación⁵⁴. El primero descansa en las relaciones económicas interestatales (*trade law*) en tanto que el segundo tiene por campo de actuación las actividades de los operadores económicos privados (*business law*). Ambos procedimientos configuran dos facetas de regulación diversas de los intercambios comerciales y financieros internacionales a partir del fenómeno de frontera. En tal sentido, la frontera comprende una dimensión jurídico-pública y una dimensión jurídico-privada: mientras que la primera hace referencia a las barreras jurídico-públicas a los intercambios transfronterizos (prohibiciones de exportación o importación, cuotas, aranceles u obstáculos técnicos, normas de control de cambios, etc), la segunda dimensión hace referencia a los obstáculos de carácter jurídico-privado que afectan directamente a los derechos subjetivos de los particulares⁵⁵.

A esta bipolaridad normativa se va agregando en los últimos años un tercer bloque normativo que es fruto de la acción de ciertos actores de la sociedad civil internacional (asociaciones y organizaciones no gubernamentales, movimientos ecologistas, asociaciones de consumidores, etc...) que pretenden alcanzar un Derecho económico más solidario y espontáneo basado en criterios de comercio equitativo que permita lograr un modelo fundado en valores de economía solidaria, de equidad y de justicia social. Estos colectivos sostienen la necesidad de establecer prioridades para el destino de los recursos financieros disponibles y que los países ricos deben desarrollar una política eficaz de ayuda a países empobrecidos dándoles una mayor participación en la toma de decisiones de los organismos internacionales, como el FMI o a la OMC. Por el momento este último bloque normativo no ha alcanzado un nivel de perfeccionamiento apreciable, pero ya se vislum-

⁵⁴ Vid. H. Ullrich, "La mundialisation du droit économique: vers un nouvel ordre public économique", *Rev. int. dr. économ.*, t. XVII, n^{os} 3-4, 2003, pp. 291-311.

⁵⁵ F.J. Garcimartín Alférez, "La racionalidad económica del Derecho internacional privado", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria Gasteiz*, 2001, pp. 87-154.

bra la huella de su presencia. Por ejemplo, con la admisión de los llamados *amici curiae* en los contenciosos internacionales en materia de inversiones extranjeras administrados por el CIADI⁵⁶, o con una cierta presencia de las ONGs en los mecanismos de la OMC (art. V.2º Acuerdo constitutivo)⁵⁷. La entrada de estos actores dado lugar a variados procesos de discusión y decisión capaces de responder a la tradicional decisión unilateral por parte del poder público suscitando su legitimidad ante la falta de participación de los ciudadanos y, en todo caso, una clara desconfianza hacia las normas que produce. Para evitar una acusación reiterada de falta de transparencia y de no rendición de cuentas a aquellos que se benefician de de sus acciones las ONGs deben poner todos los medios para que puedan investigarse sus finanzas y, eventualmente para que sea posible pedirles responsabilidad⁵⁸.

26. El denominado Derecho económico internacional es de origen relativamente reciente⁵⁹. La formación progresiva de un mercado mundial ha sido posible por una confluencia entre los Derechos nacionales, los Derechos regionales, el Derecho transnacional y el Derecho institucional procedente es gran parte de la OMC. Pese a que se suele presentar al mercado como un “marco natural de intercambios”, semejante noción no es otra cosa que el resultado de una construcción jurídica sobre la que gravitan distinciones jurídicas clásicas, como la existente entre el Derecho público y el Derecho privado, pero que, en todo caso, no puede prescindir de la fuerza coercitiva del Estado como elemento esencial. El corolario es un bloque normativo en formación cuya finalidad principal es la regulación de los intercambios económicos y financieros internacionales y cuyos destinatarios son los Estados y las Organizaciones internacionales. Dicho bloque normativo abarca un importante componente regulador que condiciona la labor del legislador estatal, privándole de la denominada autonomía en orden a los procedimientos de producción jurídica; por eso se habla de su carácter mixto al ser el resultado de la interacción entre instituciones na-

⁵⁶ La confidencialidad, consustancial en el arbitraje comercial, cede en los arbitrajes en materia de inversiones a exigencias de publicidad y transparencia admitiendo, entre otras cosas, la participación de los denominados *amici curiae* en las deliberaciones ante los árbitros. Vid. *inter alia*, A. Mourre, “¿Los *amici curiae* son la respuesta apropiada al interés público en la transparencia del arbitraje de inversión?”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, nº 12, 2007, pp. 60–72; B. Stern, “Un petit pas de plus: l’installation de la société civile dans l’arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur”, *Rev. arb.*, 2007, pp. 3–43; C. Knahr, “Transparency, Third Party Participation and Access to Documents in International Investment Arbitration”, *Arb. Int’l*, vol. 23, nº 2, 2007, pp. 327–355.

⁵⁷ M. Zambelli, “L’amicus curiae dans le reglement des differends de l’OMC: etat des lieux et perspectives”, *Rev. int. dr. econom.*, t. XIX, nº 2, 2005, pp. 197–218; P. Zapatero, “Participación pública y privada en los litigios de la OMC”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2008, http://www.reei.org/reei%2016/doc/ZAPATERO_Pablo.pdf.

⁵⁸ R.O. Keohane, “Global Governance and Democratic Accountability”, *loc. cit.*, p. 148.

⁵⁹ Vid. por todos. A.F. Lowenfeld, *International Economic Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, esp. pp. 2–8.

cionales e internacionales⁶⁰.

Es un ordenamiento resultante de la intersección de varias disciplinas jurídicas cuyo denominador común es la regulación de las relaciones económicas de los Estados y de las Organizaciones internacionales, pero también de los intercambios de bienes, servicios y factores de producción que realizan los particulares. El Derecho económico internacional, en consecuencia, responde al hecho cierto de la intervención pública de diseño del mercado internacional. Una intervención organizada de carácter internacional, y canalizada a través de mecanismos institucionales de creciente importancia, que a su vez involucran los intereses, a menudo enfrentados, de los distintos mercados regionales. Los resultados de esta actividad institucionalizada se plasman en principios y directivas orientadoras, pero también en normas positivas y concretas que condicionan de forma directa el régimen de los intercambios, deben ser tenidas en cuentas por los operadores profesionales y por los jueces y árbitros, y, en suma, son parte esencial del *marketing* legal de las empresas enfrentadas al comercio transfronterizo.

27. Así concebido el Derecho económico internacional comporta un conjunto normativo regulador de las relaciones económicas internacionales de carácter esencialmente macro-económico. Su producción jurídica posee un marcado componente internacional que coexiste con las normas existentes en cada Estado o en cada entidad de integración económica regional reguladoras de las referidas relaciones. Este proceso plurinormativo ha sido notorio en instituciones supranacionales del tipo de la OMC o del FMI⁶¹, cohabitando con otros mecanismos menos visibles y notorios que han desempeñado un papel crucial: por un lado, un mundo completamente nuevo de organismos privados, como las entidades financieras y las agencias calificadoras de solvencia; por otro, una diversidad de medidas legislativas y judiciales adoptadas en los Estados nacionales para garantizar la protección de los capitales y los mercados globales que se ha intensificado enormemente a lo largo del último decenio con la globalización.

La formación progresiva de un mercado mundial ha sido posible, en efecto, gracias a la confluencia de los Derechos estatales, los Derechos regionales y el Derecho internacional y dentro de este mercado mundial actúan los operadores económicos al amparo del Derecho de los negocios internacionales.

⁶⁰ J.H. Jackson, *The World Tradings System. Law and Policy of International Economic Relations*, 2ª ed., Cambridge, Mass., Mit Press, 1997, pp. 25 ss.

⁶¹ D. Kennedy, "Some Reflections on 'The Role of Sovereignty in the New International Order'", *State Sovereignty: The Challenge of a Changing World: New Approaches and Thinking on International Law*, 237 (Proceeding of the 1992 Conference of Canadian Council on International Law), Ottawa, 1992, pp. 237 ss.

i) El conjunto de estos derechos y obligaciones está suficientemente establecido tras una experiencia de más de sesenta años que, a excepción de los quince últimos, ha estado presidida por el GATT de 1947. Diariamente en el sector privado se realizan millares de transacciones comerciales y financieras internacionales, se adoptan numerosas resoluciones administrativas y decisiones judiciales de carácter estatal que se refieren a importaciones o a exportaciones de bienes, servicios o capitales. Quiérase o no estas transacciones y estas decisiones están determinadas directa o indirectamente por principios y normas jurídicas emanadas de la OMC. Un complejo bloque normativo que abarca casi dos decenas de acuerdos internacionales distribuidos en millares de páginas. Dicho bloque normativo, que se ha incorporado en buena parte al los Derechos internos de los Estados y a los propios de los sistemas de integración regional, señaladamente el de la Unión Europea, está totalizado por unas reglas de base que pretenden dar estabilidad al comercio internacional, a las empresas y a los consumidores⁶². Los Acuerdos de Marrakech son expresivos de un aumento sin precedentes de la expansión de las normas jurídicas en el conjunto del comercio internacional sustituyendo la reglamentación tradicional del Derecho aduanero, de carácter estatal o regional, por una ordenación de validez internacional extensiva a sectores novedosos como la liberalización de los servicios o la protección de la propiedad intelectual.⁶³

ii) La aportación de los Derechos estatales no se ha limitado a suministrar las normas que organizan el régimen de la propiedad de los bienes, las que regulan la realización de las transacciones mercantiles o las que protegen la competencia entre los agentes económicos. El Derecho de cada Estado presupone la propia existencia de un mercado que precisa de normas expresas y previsibles para su funcionamiento dentro de un determinado modelo económico; dichas normas garantizan, por ejemplo, el carácter obligatorio de los contratos o los procedimientos de transferencia de la propiedad.

iii) Las aportaciones del Derecho de la integración regional son igualmente relevantes no sólo en lo que concierne a la delimitación espacial de los agentes económicos sino por desplazar el ámbito del Derecho de la competencia, dentro de lo que se conoce como “doble barrera”. Al importante papel que juega la integración regional en relación a los Estados que la conforman, en lo que concierne a la pérdida de su soberanía en el mer-

⁶² T. Cottier, “Les tâches de l’OMC: évolution et défis”, *Rev. int. dr. économ.*, t. XVIII, n° 3, 2004, pp.273-291, esp. p. 273.

⁶³ V. Pace, *L’OMC et le renforcement de la réglementation juridique des échanges commerciaux internationaux*, París, L’Harmattan, 2000, p. 57; C. Carmody, “A Theory of WTO Law”, *J. Int’l Econ. L.*, vol. 11, 2008, pp. 527-557.

cado internacional, se une a la existencia de una posición común y reforzada en dicho mercado. Asimismo, los entes de integración regional son a la vez que partícipes en el sistema económico internacional y, por tanto, participantes directos en la elaboración de sus decisiones, receptores de esta normativa que debe acomodarse a su propio modelo integrador.

Desde otra perspectiva, las normas que establecen la supresión de los obstáculos a la circulación bienes, servicios y capitales o regulan la convertibilidad de la moneda son adoptadas por los Estados o por los entes de integración regional, eso sí con el apoyo decidido de la OMC o del FMI, evidenciando que el “espacio económico internacional” no es otra cosa que la resultante de intereses contrapuestos y no una imposición “desde arriba”. Esto ha llevado a sostener que el mundo vive sometido a un “conjunto global de normas” que puede ser el resultado de la acción de un determinado ente internacional y adoptado por consenso global. Lo que no está tan claro es que este bloque normativo coexista con otro fruto de un “desarrollo paralelo en todas partes del mundo”⁶⁴, pues puede ponerse en duda el carácter espontáneo de tal producción. En todo caso no puede negarse que la actividad económica internacional descansa en reglas muy similares⁶⁵ y que cada vez es menos frecuente la presencia de una fragmentación normativa que exija a los operadores económicos adaptar sus productos, servicios o capitales a un sistema particular de mercado⁶⁶.

28. Siguiendo con la construcción de N. Luhmann, la génesis de los sistemas no es ni más ni menos que la especialización funcional para la reducción de la complejidad normativa. El sistema global genera nuevos sistemas, que son subsistemas de aquél y cuya función es acotar un ámbito determinado de dicha complejidad con vistas a su reducción. De esta suerte, ya no será necesario que todos se ocupen de todo para todo. Cada subsistema permite un tratamiento sectorial y simplificado de la parte de complejidad con que se ocupa y los otros subsistemas, a su vez, podrán prescindir del tratamiento de la misma⁶⁷. La propia existencia del Derecho económico internacional no es otra cosa, pues, que el resultado de una interacción de tres sub-

⁶⁴ M. Shapiro, “The Globalization of Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1993, pp 37-64, esp. p. 37.

⁶⁵ J.V. González García, “Globalización económica y ordenación de los intercambios nacionales”, *Derecho de la regulación económica*, t., VIII, *Comercio exterior* (J.V. González García, dir.), Madrid, Iustel, 2009, pp. 59-81, esp. p. 70.

⁶⁶ S. Muñoz Machado, *Servicio público y mercado*, I, *Los fundamentos*, Madrid, Civitas, 1998, p. 291.

⁶⁷ N. Luhmann, *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 1990; *vid. asimismo*, J.A. García Amado, “Sociología sistémica y política legislativa”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n° 5, 1988, pp. 243-272; *id.*, “Introduction a l’oeuvre de de Niklas Luhmann”, *Droit et Société*, nos. 11-12, 1989, pp. 15-52.

sistemas normativos diversos: Derecho internacional público, Derecho público económico y Derecho comunitario, entre las cuales se producen las consiguientes relaciones estructurales.

i) En la medida en que un ente de integración económica regional como la Unión Europea asume mayores competencias disminuye la relevancia de la reglamentación interna. Baste comprobar, por ejemplo, como las complejas ordenaciones del comercio exterior o de las inversiones extranjeras en España del pasado poseen en la actualidad un carácter residual al ser absorbido por la ordenación emanada de la Unión Europea.

ii) Inversamente, en los Estados que no participan activamente del referido proceso de integración, la influencia del Derecho público económico en la regulación del comercio exterior o de las inversiones extranjeras puede ser de tal naturaleza que llegue a suscitar la función misma de la normativa internacional.

29. El Derecho económico internacional puede ser contemplado desde una dimensión amplia o desde una dimensión estricta. Ambas, y sus eventuales variantes, poseen suficientes elementos justificativos por lo que resultaría absolutamente estéril entrar en una polémica doctrinal acerca de cual es la concepción más adecuada.

i) La dimensión amplia el Derecho económico internacional incluye el conjunto de normas que rigen operaciones económicas de naturaleza variada, desde el momento en que dichas transacciones desbordan el orden jurídico de un Estado determinado. Su núcleo central esta integrado por las normas que rigen la actividad comercial y financiera transfronteriza. Sobre esta cuestión no existe duda. Pero dicho conjunto normativo puede ser concebido de dos maneras en función de la inclusión o no de las reglas que regulan la labor de las empresas.

En el primer caso se extiende a cuestiones tan diversas como la actividad fiscal, las cuestiones medioambientales, los movimientos internacionales de mano de obra, el régimen de la salud, las sanciones por el tráfico de armas, etc⁶⁸. Para el *Restatement (Third)*, en el sentido más amplio, el Derecho de las relaciones económicas internacionales “incluye a todo el Derecho internacional y los acuerdos internacionales que rigen las transacciones económicas que atraviesan las fronteras estatales o que de alguna manera tienen implicaciones para más de un Estado, tales como aquellas que involucran el movimiento de bienes, fondos, personas, intangibles, tecnología, buques o aeronaves”⁶⁹.

⁶⁸ J.H. Jackson, *Soberanía, la OMC...*, op. cit., p. 87.

⁶⁹ American Law Institute, *Restatement of the Law, the Foreign Relations Law of the United States*, St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1987, vol. 2, p. 261.

En el segundo, se incluyen las cuestiones propias de la actividad transnacional de los operadores económicos privados; así, una compraventa internacional realiza entre dos entidades privadas que cuentan con su establecimiento mercantil en Estados diferentes quedaría regulada por este ordenamiento⁷⁰. La expresada concepción comprende un conjunto de situaciones jurídicas caracterizadas por su heterogeneidad que incluye tanto relaciones gestadas en el sistema internacional económico, reguladas por normas de Derecho público, como relaciones propias del Derecho de los negocios internacionales, *v.gr.* la compraventa internacional de mercancías; esto es, dos reglamentaciones diversas que poseen objetos y funciones diversos y que difieren sustancialmente desde el punto de vista de los procedimientos de producción jurídica.

ii) La dimensión estricta se reduce al Derecho regulador de las actividades económicas que desbordan las fronteras de los Estados y que incluye dos núcleos normativos diversos pero complementarios. De un lado, el Derecho del comercio internacional que cubre los intercambios transfronterizos de mercancías, servicios y bienes de carácter inmaterial. De otro, el Derecho rector de la actividad financiera internacional que presta atención al régimen monetario y a la actividad inversora⁷¹.

2. El Derecho de la OMC como subsistema del Derecho económico internacional

30. Aunque no es una cuestión pacífica⁷², la OMC cuenta con un verdadero “ordenamiento” jurídico integrado y especial que incluye con dos elementos configuradores de la noción: normas válidas y mecanismos de aplicación. Además de las competencias atribuidas, previstas explícitamente en su tratado constitutivo, posee una serie de competencias implícitas que permite una producción normativa ajustada a los límites fijados por su tratado constitutivo y es heredera, además de las decisiones del GATT 1947 que se han incorporado a lo que ha constituido el nuevo tratado de la OMC, esto es, el denominado “acervo del GATT”, que es el conjunto de las interpretaciones y principios del GATT que ha ido adquiriéndose a lo largo de la aplicación de dicho Acuerdo. Como puso de relieve el OA en el asunto *Japón — Impuestos sobre las bebi-*

⁷⁰ De alguna manera el libro de M. Herdegen (traducción española a la 4ª edición alemana, Madrid, 2005) responde a esta concepción que, pese a su carácter original y sugestivo, ofrece problemas sistemáticos por su incommensurable contenido.

⁷¹ A este estructura responde mi libro *Sistema de Derecho económico internacional*, Madrid, Thomson / Civitas, 2010.

⁷² J. Braithwaite y P. Drahos, *Global Business Regulation*, Nueva York, Cambridge University Press, 2000, pp. 175-221.

das alcohólicas II, II (1996), “[l]as normas de la OMC son fiables, comprensibles y exigibles. Esas normas no son tan rígidas ni inflexibles que no permitan juicios razonados para hacer frente al interminable y siempre cambiante flujo y reflujo de los hechos reales, en casos reales, en el mundo real. Servirán mejor al sistema de comercio multilateral si se interpretan con ese espíritu”⁷³.

Las normas de la OMC constituyen un “subsistema” integrado dentro del Derecho internacional que rige una “comunidad” compuesta por los miembros de la OMC. Dichas normas tienen como objetivo central la liberalización mundial del comercio y facilitar el acceso a los mercados extranjeros a través de la eliminación de las restricciones de carácter administrativo y sus destinatarios primigenios son los Estados y las Organizaciones internacionales que actúan en el comercio internacional; evidentemente, las facultades de que disponen los sujetos privados para hacer efectivas estas normas en sus relaciones mutuas son más que limitadas.

Este carácter de “subsistema” respecto del Derecho internacional general⁷⁴ se refleja en un pasaje del asunto *Corea – Medidas que afectan a la contratación pública* (1999)⁷⁵ donde el Grupo Especial afirmó que el Derecho internacional consuetudinario se aplica de forma general a las relaciones entre los miembros de la OMC siempre y cuando los Acuerdos emanados de la misma no se aparten del mismo, esto es, “... siempre que no exista conflicto o incompatibilidad”, o una expresión incluida en un Acuerdo que implique otra cosa. Ello es particularmente evidente en relación con el Derecho de los tratados” (OA: *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas II*, 1996⁷⁶) o con la responsabilidad internacional (GE: *Argentina – Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados*, 1999⁷⁷).

⁷³ WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, 1996, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/als1p1_s.htm. S. Maljean Dubois, *The Case Law of the WTO, 1996-1997*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 27-61.

⁷⁴ La cuestión ha sido objeto de un lúcido estudio de O. Casanovas y La Rosa, *Unity and Pluralism in Public International Law*, La Haya, Nijhoff, 2001. La solución a los eventuales conflictos entre los sub-sistemas del ordenamiento internacional ha contado con una respuesta de la CIJ en el asunto de las *Plataformas petrolíferas* (Irán / EE UU), Sentencia de 6 de noviembre de 2003, *CIJ Recueil 2003*, pp. 161 ss, <http://www.icj-cij.org/docket/files/90/9714.pdf>. Vid. M.D. Varela, “La complexité croissante du système juridique international: certains problèmes de coherence systémique”, *Rev. belge dr. int.*, vol. 36, n° 2, 2003, pp. 331-376; en la doctrina española, desde la perspectiva académica, I. Forcada, “El ordenamiento jurídico internacional entre el caos y el orden: consecuencias de la fragmentación del ‘sistema’ para una docencia socialmente significativa”, [http://www.reei.org/reei%2011/I.Forcada\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/I.Forcada(reei11).pdf).

⁷⁵ WT/DS163/R, 1999”.

⁷⁶ *Loc. cit.*

⁷⁷ WT/DS121/AB/R, 1999, , [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/argentina-footwearsafeguards\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/argentina-footwearsafeguards(ab).pdf).

31. El Derecho de la OMC deriva esencialmente de un tratado internacional clásico, con sus respectivos anexos y enmiendas, cuya juridicidad queda fuera de toda duda, lo que posee una evidente repercusión tanto en el orden internacional como en el orden comunitario. Dentro del esquema del Derecho internacional clásico el sistema jurídico de la OMC, y concretamente su mecanismo de arreglo de controversias, testimonia una flexibilidad de tal entidad que dota de una gran originalidad al contencioso entre Estados. Dicho sistema reconoce a la vez la existencia de normas obligatorias para que los Estados adapten su Derecho a las normas de la Organización y una suerte de “jurisdicción” encargada de solucionar sus controversias de manera satisfactoria de conformidad con los derechos y obligaciones resultantes de los acuerdos que figuran en los anexos I y II de su texto constitutivo. La primacía del Derecho de la OMC y el carácter autónomo de su procedimiento de arreglo de controversias no excluyen, sin embargo, la interacción de otros sistemas normativos. El GE en el asunto *Chile — Medidas que afectan al tránsito y a la importación del pez espada* (2000)⁷⁸ puso de relieve, *v.gr.*, la intersección en el sistema multilateral de comercio y la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, por lo que no es infrecuente que los Miembros invoquen en sus controversias normas ajenas al Derecho de la OCM.

32. El Acuerdo por el que se establece la OMC y sus anexos incluyen diversas disposiciones que determinan su propia juridicidad de manera expresa. Su art. II.2º determina a tal efecto que “Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Multilaterales”) forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros”, añadiendo el art. XVI.4º. que “Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos”. El empleo del término “obligaciones” no es baladí pues al ser aceptado por los numerosos Estados fundadores de la OMC queda disipada cualquier reserva en favor del mantenimiento de su soberanía en este sector. De ello se desprende que los Acuerdos de la OMC imponen inequívocas obligaciones jurídicas a los Estados miembros. Como pusiera de relieve el OA, tras aseverar la amplia autonomía normativa de la que disponen los Miembros de la OMC, “esa autonomía está limitada únicamente por la necesidad de respetar las prescripciones del Acuerdo General y de los demás acuerdos abarcados” (*EE UU — Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, 1996⁷⁹). A ello se une que las controversias se solucionan con arreglo a “reglas de Derecho” como se desprende del art. 3.2º del “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” (OSD): “Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los dere-

⁷⁸ WT/DS193/1, 2000.

⁷⁹ WT/DS2/AB/R, 1996, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/ab_reports_s.htm.

chos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”. Ello implica que en los litigios deben fallarse conforme a Derecho y no bajo simples consideraciones de equidad.

A través de sus normas la OMC no pretende establecer un Derecho uniforme a escala planetaria, sino exclusivamente eliminar de los Derechos estatales aquellas trabas que pudieran obstaculizar las transacciones económicas internacionales o que impliquen una protección desmedida e injustificada del comercio nacional. A tal efecto el art. XVI.1º Acuerdo sobre la OMC determina que “cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos”.

En la actual etapa de la sociedad internacional el establecimiento de un Derecho de tales características sin duda resultaría improcedente e ineficaz, no sólo por los costes que implicaría su adopción por los distintos Estados nacionales, sino por que supondría una situación de inmovilismo absolutamente contraria a la necesaria movilidad de los factores productivos a escala internacional de conformidad con la concepción actual de la teoría de la ventaja comparativa. Por eso las normas resultantes de los Acuerdos de Marrakech pretenden la apertura de los diferentes mercados nacionales y regionales posibilitando optimizar la producción en cada concreto mercado y su distribución en el resto de los países.

3. Derecho económico internacional y Derecho internacional económico

33. Anteponer el adjetivo “económico” al “internacional” tampoco es fortuito, pues tiene como objetivo ampliar el contenido del denominado “Derecho internacional económico”⁸⁰. Este último ordenamiento se vincula exclusivamente al Derecho internacional público configurándose esencialmente como Derecho convencional; semejante vinculación genera una problemática esencial en orden a sus relaciones mutuas dentro de lo que la doctrina califica de “normas primarias” y “normas secundarias”⁸¹. Es de origen rela-

⁸⁰ Dentro de los diversos círculos doctrinales resulta obligada la referencia a las siguientes obras: J. Fawcett, “Trade and Finance in International Law”, *R. des C.*, t. 123; 1968, pp. 215-310; Société Française pour le Droit International, *Aspects du droit international économique*, Colloque d’Orleans, París, Pedone; D. Carreau, P. Juillard y T. Flory, *Droit international économique*, 2ª ed., París, LGDJ, 1980; I. Seidl-Hohenveldern, “International Economic Law”, *R. des C.*, t. 198, 1986, pp. 1 ss; A. Miaja de la Muela, *Ensayo de delimitación del Derecho internacional económico*, Valencia, 1971; M. Aguilar Navarro, *Ensayo de delimitación del Derecho internacional económico*, Madrid, 1972; J.R. Brito Moncada, *Derecho internacional económico. Perspectiva histórica, económica, política y jurídica*, México, Trillas, 1982; I. Di Giovan, *Derecho internacional económico y relaciones económicas internacionales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.

⁸¹ Es ilustrativa, a este respecto la construcción del Órgano de Apelación en el asunto *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* (WT/DS8-DS11/AB/R, 1996). Vid., por todos, X. Fernández Pons, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema*

tivamente reciente y se estructura a partir de la labor realizada en el seno de las Organizaciones internacionales de cooperación económica y comercial; una labor que ha adquirido un gran impulso en los últimos veinticinco años. Nos hallamos ante un Derecho en formación cuya finalidad principal es la organización de los intercambios económicos y financieros internacionales, cuyos destinatarios son los Estados y las Organizaciones internacionales⁸². Sus notas más relevantes son el carácter diverso y flexible de sus normas y el arbitraje internacional institucionalizado (por ejemplo, en el seno de la OMC) como procedimiento de arreglo de controversias. Nos hallamos, pues, ante un ordenamiento que resulta de la intersección de dos disciplinas, el Derecho y la economía, y el ajuste de dos campos de actividades, el Derecho y la diplomacia⁸³. Por el momento la liberalización del comercio internacional no ha ido acompañada de un marco normativo de fuente universal para las transacciones comerciales internacionales, que siguen regidas por las técnicas tradicionales basadas, fundamentalmente, en las normas de conflicto de leyes. Acaso en un futuro la OMC se ocupe de este menester y desplace la labor de los foros internacionales de la codificación del comercio internacional⁸⁴.

El Derecho internacional económico, en consecuencia, responde al hecho cierto de la intervención pública de diseño del mercado internacional. Se trata, no obstante, de una intervención organizada de carácter internacional, y canalizada a través de mecanismos institucionales de creciente importancia, que a su vez involucran los intereses, a menudo enfrentados, de los distintos mercados regionales. Los frutos de esta actividad institucionalizada se plasman en principios y directivas orientadoras, pero también en normas positivas y concretas que condicionan de forma directa el régimen de los intercambios, deben ser tenidas en cuentas por los operadores profesionales y por los jueces y árbitros, y, en suma, son parte esencial del *marketing* legal de las empresas enfrentadas al comercio transfronterizo⁸⁵.

Al contrario, el Derecho económico internacional comprende un contenido más amplio que incluye, no sólo el referido bloque normativo sino también el Derecho emanado de los movimientos de integración económica regional (Derecho comunitario) y el Derecho administrativo económico de

de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general, Madrid, Marcial Pons, 2006.

⁸² Vid. G. Porro, "La globalizzazione dei mercati e il Diritto internazionale dell'economia", *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Turín, G. Giappichilei ed., 1999, pp. 3-27.

⁸³ Vid. F. Galgano, "L'istituzioni della società post-industriale", F. Galgano y otros, *Nazioni senza dei governi nazionali nel controllo dell'economia*, Bolonia, Il Mulino, 1993, pp. 21 ss.

⁸⁴ Vid. A. Tita, "A Challenge for the World Trade Organization (Towards a True Transnational Law)", *JWT*, vol. 29, 1995, pp. 83-90.

⁸⁵ Vid. F.M. Abbott, "The Trading Nations' Dilemma: The Functions of the Law of International Trade", *Harvard Int. L.J.*, vol. 26, 1985, pp. 501-532.

los Estados en su ordenación de las transacciones transfronterizas. Por esto sus fuentes no provienen únicamente del Derecho internacional por más que este último ordenamiento juegue un importante papel. Si, a título de ejemplo, contemplamos las relaciones financieras internacionales podremos observar que las reglamentaciones de las inversiones extranjeras que adoptan los Estados en uso de su soberanía poseen una incidencia fundamental en la ordenación de los movimientos de capitales internacionales, favoreciéndolos o restringiéndolos en cada caso concreto. Durante los años setenta y ochenta del pasado siglo se suscitó un amplio debate en torno a si el Derecho económico internacional configuraba una rama autónoma del Derecho internacional general insistiéndose en la existencia de unos principios propios que justificaban tal pretensión.

Desde otro punto de vista, el Derecho internacional económico posee también una carácter más restringido pues comprende el conjunto normativo regulador de la organización de las relaciones internacionales de carácter económico; unas relaciones caracterizadas por su carácter macro-económico que se contraponen a las relaciones de carácter micro-económico, objeto esencial del Derecho de los negocios internacionales.

3. Derecho económico internacional y Derecho de los negocios internacionales

34. Junto al Derecho económico internacional, el Derecho de los negocios internacionales (que algunos autores denominan Derecho del comercio internacional o Derecho mercantil internacional) se ocupa de la las relaciones transfronterizas entre operadores jurídicos privados⁸⁶. Difiere, pues, respecto a la naturaleza de la materia regulada, en función de su carácter privado y en relación con los destinatarios de sus normas, aunque presenta respecto del Derecho económico internacional una dependencia relevante. Este último está integrado por normas de Derecho público, pues son de origen estatal o están gestadas en el seno de las Organizaciones internacionales que actúan en el comercio internacional (*trade*); de esta suerte, las facultades de que disponen los sujetos privados para hacer efectivas estas normas en sus relaciones mutuas (*business*) son más que limitadas.

La expansión de los negocios transfronterizos está asociada a la creciente importancia que para el desarrollo de la actividad empresarial presenta la regulación del comercio internacional. Las operaciones transfronterizas en el entorno global se caracterizan por la presencia de peculiares riesgos e incertidumbres ligados a la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos y jurisdicciones nacionales, pero también destaca el progresivo desarrollo de mecanismos específicos para hacer frente a esas exigencias. Esa transforma-

⁸⁶ J.C. Fernández Rozas, "El Derecho del comercio internacional en el contorno de la globalización", *Escriva. Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, nº 5, 2000, pp. 161-230.

ción se manifiesta en la evolución de los ordenamientos nacionales y el impacto de los procesos de integración, así como en el creciente desarrollo de la normativa internacional y transnacional, la adaptación de la práctica negocial y el recurso a mecanismos alternativos de solución de controversias. A partir de la realidad actual de la práctica de los negocios internacionales, existen unos sectores reguladores de la actividad comercial internacional de especial relevancia: la tutela de los bienes inmateriales y la libre competencia; la constitución, establecimiento fuera del Estado de constitución, transformación y movilidad de las sociedades; el régimen de la contratación comercial internacional en general y de sus principales modalidades, como los contratos de compraventa, los contratos de transporte, las garantías de la contratación, los contratos de distribución y los de transferencia de tecnología; el tratamiento de los procedimientos concursales en el ámbito internacional; y las características y funcionamiento del arbitraje comercial internacional⁸⁷.

Si bien es cierto que desde una perspectiva privatista interesa fundamentalmente el estudio del régimen de los intercambios comerciales, no lo es menos que un estudio completo del ordenamiento regulador de las transacciones mercantiles internacionales debe analizar los sujetos de dichos intercambios, introduciéndose en el Derecho de sociedades y el marco de su funcionamiento: el mercado internacional. Este estudio del mercado internacional exige no sólo descender a sus mecanismos de protección, en especial en el ámbito de la libre competencia y del acceso a las propiedades especiales, sino a la propia estructura de la organización de tal mercado: organización institucional, estructuración y funcionamiento de los distintos mercados regionales.

35. El Derecho de los negocios internacionales se configura hoy como un conjunto normativo derivado del libre juego de voluntades autónomas y está dotado de mecanismos que aseguran su autonomía respecto de otros sectores de la actividad económica internacional. En los procesos de normación en este ordenamiento al no poder realizarse en su totalidad a través de instituciones estatales o internacionales han tomado el relevo diversas instituciones privadas “que provienen, siguiendo la terminología de G. Teubner, de la “autojuridificación” de fragmentos sociales altamente diversos. La proliferación de conjuntos autónomos de normas no estatales produce el colapso de la jerarquía normativa siendo este espacio ocupado por la división centro/periferia propia del Derecho global. Un Derecho que surge desde las zonas de contacto con otras esferas sociales, esto es, desde la periferia del sistema jurídico.

En este sentido una teoría pluralista del Derecho comprendería el Derecho económico global como un proceso extremadamente asimétrico de autorreproducción jurídica. El Derecho económico global es una forma de Derecho

⁸⁷ A esta concepción responde el manual de J.C. Fernández Rozas, R. Arenas García y P.A. de Miguel Asensio, *Derecho de los negocios internacionales*, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2008.

con un centro subdesarrollado, pero al mismo tiempo, con una periferia altamente desarrollada; una forma jurídica cuyo centro fue creado por las periferias y permanece dependiente de las mismas. La *lex mercatoria* representa en esa perspectiva aquella parte del Derecho económico global que opera en la periferia del sistema jurídico en “acoplamiento estructural” directo con las empresas y las transacciones económicas globales”⁸⁸. La idea de jerarquía normativa es consustancial a los sistemas jurídicos estatales mientras que la distinción ente centro / periferia está ligada a la producción jurídica del Derecho transnacional o global.

La tendencia hacia la internacionalidad de las transacciones mercantiles ha originado un aumento espectacular de los protagonistas en presencia, la existencia, ciertamente discutida, de un ordenamiento jurídico y la consolidación de peculiares procedimientos de controversias al margen del Estado. Pero también ha propiciado un acercamiento entre los ordenamientos interno e internacional y, en ocasiones, la unificación de las legislaciones estatales, cuyo ámbito de vigencia no se corresponde empero con las exigencias de uniformidad que el comercio internacional plantea. Por eso en la actualidad se habla de una nueva *lex mercatoria* y con ello se alude a un ordenamiento jurídico que, pese a los profundos cambios experimentados en la estructura de la Sociedad internacional desde la Edad Media hasta nuestros días, posee ciertos elementos inherentes al Derecho común de los comerciantes en aquél período⁸⁹.

4. Derecho económico internacional y cooperación internacional institucionalizada

36. La liberalización de la economía mundial ha desbancado el tradicional control estatal sobre las actividades económicas vinculadas a su mercado territorial por un fuerte proceso de desreglamentación y de deterritorialización. Dicho control está hoy sometido a las previsiones de numerosos tratados internacionales a la vez que está siendo reemplazado por la acción de las Organizaciones internacionales. A partir de aquí, una de las características de la actualidad etapa de las relaciones transnacionales es la existencia de un elevado factor de cooperación entre Estados y otros sujetos de Derecho internacional⁹⁰. Vivimos en periodo histórico en el que el tradicio-

⁸⁸ Ph. Khan, “Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* concept unique ou pluralisme des ordres juridiques?”, *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, 1982, pp. 97 ss; *id.*, “A propos des sources du droit du commerce international”, *Philosophie du droit et droit économique, Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, París, Ed. Frison-Roche, 1999, pp. 185 ss.

⁸⁹ J.C. Fernández Rozas, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2003.

⁹⁰ *Vid.* O. Porchia, “I soggetti del diritto internazionale dell'economia”, *Studi di diritto internazionale dell'economia*, (G. Porro, ed.), Turín, G. Giappichilei ed., 1999, pp. 29-49

nal Derecho internacional de la coexistencia ha dado paso al Derecho internacional de la cooperación; no en vano, la cooperación internacional es uno de los objetivos de las Naciones Unidas que se recoge en el art. 1 de la Carta de las Naciones Unidas constituyendo la única vía para lograr una evolución pacífica de las relaciones internacionales y del sistema jurídico internacional en su conjunto.

En dicha cooperación las Organizaciones internacionales juegan un importante papel. El catálogo de Organizaciones económicas internacionales y la variedad de sus modos de funcionamiento debe, pues, ocupar un lugar destacado en el Derecho económico internacional. Si se tiene en cuenta que la “duración” es una de las notas características de la cooperación, no puede sorprender la proliferación de entidades encargados de gestionar esta actividad corporativa y, por descontado, sobre todo en el marco económico y comercial, la nota dominante es la “institucionalización”, esto es, la presencia de “órganos gestores de la cooperación”. Uno de los problemas más controvertidos inherentes a ciertas Organizaciones internacionales, manifiestamente la OMC, es el de su democratización pues al debate tradicional en torno al reparto de los poderes se une el relativo a la integración en su ámbito de actuación de nuevos objetivos globales dignos de interés⁹¹.

Señalada institucionalización parece que no ha conseguido los objetivos programáticos que la presidieron y que ha servido a fines muy diferentes acentuando las situaciones de desigualdad en el comercio internacional. Sin embargo, pese a esos errores fundamentales, las organizaciones multilaterales continúan poseyendo en la globalización un papel regulador central, más significativo que nunca y su desaparición sería saludada como un triunfo por igual tanto entre los nuevos partidarios del aislacionismo como por los neoliberales seguidores a ultranza de que el comercio internacional se desarrolle sin el concurso de ayudas exteriores. Y lo que es más grave, que estas instituciones no serían sustituidas por otras porque no habría nadie (fundamentalmente, los EE UU) interesado en desarrollarlas y financiarlas. De aquí debe derivarse una posición claramente reformista que debe actuar en un doble frente. De un lado establecer una nueva arquitectura financiera internacional, dotando al FMI y al Banco Mundial de funciones precisas, entre las que la lucha contra la pobreza y la desigualdad cobre un lugar determinante. De otro, democratizar las instituciones económicas internacionales, señaladamente la OMC, para que todos los países desempeñen un papel relevante dentro de ellas.

No deben olvidarse las interacciones efectivas entre las otras organizaciones económicas internacionales. Existen disposiciones expresas de los tratados de la OMC sobre la coherencia entre esta organización, el FMI y el Banco Mundial con un mandato expreso al Director General en esta materia. Y también se registran actividades de cooperación con varias organizaciones

⁹¹ M.M. Salah, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, PUF, 2000, p. 152.

internacionales en materia de asistencia técnica y creación de capacidad. V.gr., el art. XV.2º GATT prescribe que la OMC deberá entablar consultas con el FMI cuando se ocupe de “problemas relativos a las reservas monetarias, a las balanzas de pagos o a las disposiciones en materia de cambio”.

37. Un control más estricto de los mercados globales y de las empresas transnacionales, así como de las Organizaciones económicas internacionales, puede ser el fundamento de un orden internacional más democrático y equitativo. Ante la encrucijada de tomar el camino que nos devuelve al nacionalismo económico, el proteccionismo y las políticas de empobrecer al vecino, está la opción de una mayor cooperación internacional, que incluya más regulación y más transparencia. Al Derecho económico internacional fruto del modelo del mercado liberal puede oponerse un Derecho económico internacional basado en la solidaridad y en un comercio equitativo que no pierda de vista lo dispuesto en el art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Si se acepta la hipótesis de que al igual que en la economía en el Derecho económico también existen ciclos claramente diferenciados no es impensable que tras el periodo de desreglamentación y de liberalismo a ultranza, que concluyó en 2008, pueda llegar una etapa en la cual el Derecho juegue en nuevo papel proteccionista y regulador. El papel del sistema jurídico, en el que se integra el Derecho económico, es esencial en la construcción del nuevo orden económico mundial que ha empezado a construirse.